



UNIVERSIDAD DE BURGOS
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

TESINA

**EL DERECHO AL SERVICIO DEL
ENCANTAMIENTO**

SÉRGIO CAVALCANTE DE SOUZA JÚNIOR

DIRECTORA: DRA. NURIA BELLOSO MARTÍN

Burgos

2010

EL DERECHO AL SERVICIO DEL ENCANTAMIENTO

Trabajo de investigación presentado a los Estudios de Tercer Ciclo. Programa de Doctorado del Departamento de Derecho Público, Universidad de Burgos -España- como parte dos requisitos para obtención del Reconocimiento de la Suficiencia Investigadora

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Nuria Bellosó Martín

Burgos

2010

AGRADECIMIENTOS

A Deus, sempre!

Aos meus pais Sérgio Cavalcante de Souza e Rita de Cássia Miranda dos Santos Souza

Ao meu irmão Jonathan Miranda dos Santos Souza

A minha esposa Tatiana Moitinho Guerreiro

Ao meu filho José Augusto Miranda dos Santos Sobrinho

A minha cunhada Emmanuela de Andrade Corlett Loiola

A todos os meus amigos e irmãos do coração

A minha Encantadora Prof.^a Dr.^a Sônia Maria Ribeiro Simon Cavalcanti

A minha Orientadora Prof.^a Dr.^a Nuria Belloso Martín

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	7
CAPITULO I VOLVIENDO AL ESTADO DE NATURALEZA DEL CONTRATO SOCIAL: A MODO DE FÁBULA	15
Premisa	17
1.1. La fábula	24
1.2. Insuficiencia Gubernamental.....	34
a) Modelo Perfecto.....	35
1.3. Delitos Necesarios	42
a) La Entrevista	43
b) Comentarios.....	47
1.4. Recurriendo a J. Locke: algunas razones, un par de ideologías y dos mundos 50	
1.5. ¿Por qué Derechos Humanos?	54
a) Un antídoto	55
b) Un antídoto, para el antídoto	57
II CAPITULO BASES DOCTRINALES	61
2.1. ¿Y qué es la razón?	63
a) Por Marilena Chauí	63
b) Por Immanuel Kant	69
III CAPITULO PLURALISMO JURÍDICO	71
3.1. ¡Desobedecer es preciso!.....	79
a) Desobediencia civil urbana	81
b) Leyes injustas.....	84
c) Desobediencia civil rural.....	87

3.2. Panóptico jurídico	91
a) Las leyes y los paradigmas	95
b) Interdisciplinariedad jurídica y psíquica	101

CAPITULO IV EL DERECHO AL SERVICIO DEL ENCANTAMIENTO ...105

4.1. El derecho al servicio del encantamiento	107
a) Una ley diferente	113
b) Amabilidad genera amabilidad	116
c) Cómo funcionaría esta ley al servicio del encantamiento	122
4.2. Todo o nada (positivismo jurídico)	124
a) Todo	126
b) Nada	131
c) Una tormenta en un vaso de agua y alguna señal de la bonanza	133

CONCLUSIONES137

ANEXO.....143

BIBLIOGRAFÍA157

INTRODUCCIÓN

Para comprender adecuadamente la propuesta de Derecho que vamos a presentar, “Derecho al encantamiento”, recurrimos a la fórmula de Eligio Resta del “Derecho fraterno”¹, del Derecho que toma su raíz en la ética de la *polis* descrita por Aristóteles del primado de la amistad sobre la justicia², en la fraternidad inspiradora de la Revolución francesa y en la solidaridad, independientemente de su fundamento (lo útil, el placer, la virtud) y de la simetría de las relaciones sociales que promueva.³

La fraternidad posee un sentido vagamente anacrónico. Nos remonta a aquellas narrativas con las cuales se presentaba en el escenario de la revolución del iluminismo. Representa un modelo de sociedad bien ordenada en la cual el sentimiento de justicia no puede ser confiado totalmente a las reglas frías que gobiernan las relaciones de la política. El carácter pos-virtuoso de la política moderna, desde hacía mucho tiempo, había desembocado en la “despolitización de la amistad” y la había relegado a la esfera de la vida privada.

Ese “Derecho fraterno” que había aparecido tímidamente en la época de las grandes revoluciones, lo recuperamos hoy para proponer algunas de las condiciones que ya se habían presentado en el pasado. Ello pone en evidencia toda la

¹ Vid. RESTA, Eligio, *O Direito fraterno*. Trad. de Sandra Regina Martini Vial. Sant Cruz do Sul, EDUNISC, 2005.

² ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, VIII, 1,4: “cuando se es amigo no se tiene necesidad de justicia: al mismo tiempo, incluso siendo justos, se tiene necesidad de la amistad, y el punto más alto de la justicia parece pertenecer a la naturaleza de la amistad”.

³ BELLOSO MARTÍN, Nuria. “Del Estado utópico al Estado justo”. En *Burgense*. Burgos, Facultad de Teología, n.º 39, 1998, pp. 209-242.

determinación histórica del derecho cerrado en la angustia de los confines estatales y coincide con el espacio de reflexión ligado al tema de los derechos humanos pero con un nuevo ingrediente: la conciencia de que la humanidad es el lugar “común”, en cuyo interior se puede pensar el reconocimiento y la tutela. Es decir, los derechos humanos son aquellos derechos que sólo pueden ser amenazados por la propia humanidad, pero que no pueden encontrar su fuerza sino gracias a la propia humanidad.

La humanidad, despojada de su contenido metafísico, nos presenta ante los ojos la responsabilidad que tenemos con respecto a los derechos humanos: el Derecho fraterno, como apunta E. Resta, puede ser la forma mediante la cual puede crecer un proceso de autoresponsabilización, siempre que el reconocimiento se libere de la rivalidad destructiva típica del modelo de los “hermanos enemigos”. Es evidente que la identificación del enemigo está siempre dirigida al mantenimiento de los confines territoriales e identitarios. De ahí que recupere actualidad el debate de los años 30, entre Freud y Einstein, donde los temas de la guerra y la paz se cruzan con la “fuerza del derecho”⁴.

Nuestra propuesta de Derecho al encantamiento podría interpretarse como una de esas otras visiones de “códigos fraternos” e insistir en ella no implica pedir indulgencia en el sentido de una ingenuidad destinada a sucumbir ante una lucha desigual con el realismo: es solamente un intento de valorar posibilidades diferentes.

⁴ Freud apuntaba que los dos elementos que constituyen el cimiento de la sociedad son, de hecho, la coerción violenta y los vínculos emotivos entre los miembros (las identificaciones) y así, cualquier intento iluminista de sustituir la fuerza real por la fuerza de las ideas nace abocada al fracaso. Se necesita, por consiguiente, partir nuevamente de una conciencia realista: “es un equívoco no considerar el hecho de que el derecho originariamente era violencia bruta y que incluso hoy, el derecho no puede hacer nada más que recurrir a la violencia”. Freud llega hasta los meandros de la psique para acabar constatando que existe “efectivamente algo” que insta a los hombres a la guerra. Ese “algo” se debe buscar en el interior de aquel vasto mundo pulsional que fue analizado por el psicoanálisis. Aquel mundo está dividido en dos impulsos fundamentales: los eróticos, que tienden a conservar y a unir, y los agresivos, que tienden a destruir y a matar. Entre *Eros* y *Tánatos*, amor y odio (en la física, atracción y repulsión) la frontera es muy frágil, y su relación recíproca es compleja: viven de copresencia y de contemporaneidad, de refuerzo recíproco, pero también de conflicto y de exclusión recíproca. No se pueden ignorar el uno al otro y al mismo tiempo, se mezclan y se combaten (Cfr. FREUD, Sigmund (1915), *Considerazioni attuali sulla guerra e la morte*, trad. it., Torino, Einaudi, 1989).

El derecho no vive solamente en la dimensión de los grandes espacios cosmopolitas, donde actúan geopolíticas y mundializaciones siempre sospechosas: el derecho se refiere a los pequeños problemas de los conflictos cotidianos y a las “luchas” individuales, como defendía Ihering.

La Jurisdicción mínima será una de las propuestas que aquí presentemos contra una expansión hipertrófica del papel del juez, a modo de una “tribunalización de la historia”⁵, por la cual asistimos a la discusión acerca de nuestra vida pública como si se tratase de “procesos” con imputados, uno detrás de otro, testimonios más o menos confiables, jurados dispuestos a juzgar sobre la propia legitimidad. En este *theatrum publicum*, en el cual la representación jurídica opera aquello que Baudrillard definió como el *delito perfecto*⁶ –sustituyendo, por ejemplo, la salud por el derecho a la salud, la identidad por el derecho a la identidad- es posible que el derecho colonice toda la vida y que el juez acabe creyendo que deba juzgar todas las virtudes y, por tanto, ser su único detentador legítimo.

Con nuestra fábula vamos a intentar que el lector haga una “lectura entre líneas”: que de un relato que pretendemos resulte acompañado de una cierta dosis de poesía, se puedan vislumbrar núcleos complejos que deberían preocupar a la cultura jurídica, además de a la cultura política: a) El carácter omnívoro de la jurisdicción; b) La inflación de la litigiosidad; c) La redundancia de la cultura de los remedios; d) El carácter monopolista de la jurisdicción; e) Una confusa relación entre Estado, esfera pública y jurisdicción⁷.

Sobre la cantidad y cualidad de las “lides” influyen muchas variables⁸: algunas exógenas (formalización de nuevos derechos, regulaciones no siempre universalistas, categorías orientadas al derecho como cultura del conflicto, creciente

⁵ MARQUARD, O., *Apologia del caso*, trad. it., Bologna, Il Mulino, 1991.

⁶ BAUDRILLARD, J., *Il delitto perfetto*, trad. it., Milano, Cortina, 1996.

⁷ RESTA, Eligio, *op.cit.*, p.100. Vid. también, BELLOSO MARTÍN, Nuria. “Del Estado utópico al Estado justo”, *cit.*

⁸ RESTA, Eligio, *op.cit.*, p.100.

tendencia del derecho a “colonizar” todos los espacios de la vida) y muchos otros factores exógenos (economías expansivas y conflictivas, ausencia de culturas solidarias con la esfera pública, poca interiorización de la legalidad, déficit de mediación política).

No hay ciencia social, por mucho que conozca la literatura sobre los conflictos, que pueda narrar este mundo hobbesiano, rico de pasiones, intereses, comportamientos, motivaciones. Se puede describir una escala de posibilidades que abarcan la rivalidad, la competencia, la envidia, la enemistad.

Nuestro Derecho al encantamiento es inclusivo, en el sentido de que promueve derechos humanos y define el acceso universalmente compartido a bienes “inclusivos”. Es un modelo de derecho que abandona el confín cerrado de la ciudadanía y mira hacia una forma nueva de cosmopolitismo que no sea la de los mercados. Pretende dejar atrás el egoísmo de los “lobos artificiales”, de los poderes informales que, al resguardo de su sombra, gobiernan y deciden. Nuestra visión antropológica es optimista –confiamos en que el lector no nos tache de ingenuos o utópicos-

Percibimos que una buena parte de nuestros delincuentes, especialmente en los países emergentes, son creados y castigados por nuestras propias leyes, percibimos que las mismas leyes, -que no garantizan a una buena parte de los ciudadanos ninguna de sus condiciones básicas de supervivencia,- castigan y encarcelan a aquéllos que por la falta de su asistencia, de su amparo, se vieron avocados a cometer algún tipo de delito. Sostenemos entonces, una fábrica estatal de delincuentes, imperceptible para casi todos los ciudadanos.

Esta idea invade mis pensamientos desde que, después de una discusión familiar acaecida en 2001, en la ciudad de São José Rio Negro, ubicada en el Estado de São Paulo, Brasil, fui caminando por las calles y acabé acomodándome en una plaza pública para escribir algo, como solía hacer de costumbre.

Pasado algunos minutos, un morador de la calle, visiblemente abatido, descamisado y enfermo, se acercó y me pidió algo de dinero para comprar comida; como no sabía si el dinero que me pedía era para comprar comida o drogas, decidí personalmente comprarle la comida.

Mientras el morador de la calle comía, empecé a conversar con él y durante nuestra larga conversación -con Luiz Carlos,- descubrí que en las calles existen normas de conducta comunes para todos los que allí viven, de manera que para sobrevivir en las calles es fundamental respetar las leyes del Estado civil y las “leyes de la calle” sin olvidar que las “leyes de las calles” son mucho más severas que las leyes del Estado civil.

Después de aquella conversación, empecé a imaginar la difícil vida que llevaban aquellas personas, viviendo como equilibristas en una línea tenue entre dos mundos. A partir de aquella experiencia, y con la influencia de las diversas obras como el *Leviatán*, de Thomas Hobbes y *El Contrato Social* de J. J. Rousseau, empecé a escribir una fábula con el único propósito de organizar todas las informaciones que había descubierto recientemente.

Nuestro propósito no es defender la comisión de actos ilegales. El desarrollo de nuestro trabajo pretende demostrar que nuestras leyes no son un conjunto puro y simplemente definido, sino que en un sistema complejo, nuestras leyes funcionan como un mecanismo más con el objetivo del mantenimiento del control social.

Pretendemos demostrar que, si bien Justicia y Derecho no son sinónimos, la justicia camina a la par de nuestros instintos, y el derecho funciona como un instrumento, actuando en un contacto directo, concreto y visible con la población.

En la fábula que voy a empezar narrando, presentamos a la justicia como una férrea enemiga del derecho, donde la justicia sería tan antigua como la vida. A veces, acciones como la de matar, pegar, agredir, herir de alguna forma, incluso

verbalmente, parecen ser la forma más rápida y eficaz de compensar lo que entendemos como una ofensa, una lesión o cualquier perjuicio que se nos haya causado.

Como sustentación ideológica del vínculo directo que hacemos entre los instintos y la justicia, podemos citar la ley de talión, con fecha de 1.730 años antes de Cristo y prevista en el Código de Hamurabi, vigente en el reino de la Babilonia. Esta ley es recordada diariamente por la máxima popular “ojo por ojo, diente por diente”, y sostiene que el castigo sufrido por el acusado debería ser idéntico al delito que había cometido.

La metodología que hemos utilizado ha tenido una base empírica –la constatación de cómo se aplican las leyes en la sociedad real y la consiguiente decepción para quien pretende la plasmación real y constante de la justicia-, así como la bibliográfica. Hemos optado por una perspectiva multidisciplinar, buceando en la filosofía del derecho, en la sociología jurídica, en la filosofía política, en la antropología y en el psicoanálisis. Además de tomar como fuente de inspiración las obras de los contractualistas clásicos como T. Hobbes. J. Locke, JJ. Rousseau e I. Kant, sin olvidar la aportación de los neocontractualistas –como R. Nozick y J. Rawls.⁹

A estas obras hay que añadir la de Steven Lukes que, con el imaginario viaje del Profesor Caritat, nos va presentando diversos países imaginarios, en los que prevalece la libertad –Libertaria-, o la utilidad –utilitaria- o la teoría marxista –Proletaria-¹⁰. En definitiva, consideramos que el recurso a las fábulas, a las

⁹ Nos hemos inspirado en la literatura, en obras como la de “Alice en el país de las maravillas” del autor Lewis Carroll y “La Rebelión en la granja” del autor George Orwell, y “El señor de las moscas” de William Golding, y también en el cine, destacando la película *El Bosque* (N. Night Dymaban, 2004)

¹⁰ Vid. BELLOSO MARTÍN, Nuria, “A formulação da cidadania mediante os Direitos humanos e a educação. A fábula da construção de uma sociedade plena”. En Clovis Gorzevski coord., *Direitos Humanos Educação e Sociedade*. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, (Brasil) 2009, pp. 43-70. La exposición de la citada autora y la relación de los países que han visitado los protagonistas

situaciones hipotéticas, permite desplegar unos recursos de investigación –e indudablemente también, pedagógicos- enriquecedores, que permiten vislumbrar los diversos ángulos de la realidad.

Hemos dividido nuestra investigación en cuatro capítulos, que son: I) Retornando al Estado de naturaleza del contrato social: a modo de fábula; II) Bases doctrinales; III) Pluralismo jurídico y IV) El derecho y al encantamiento. A su vez, cada Capítulo está subdividido en una serie de epígrafes.

En el I Capítulo nos ocuparemos de crear todas las condiciones que nos permiten discutir sobre los comportamientos de los hombres en sociedad, sobre las tendencias de estos comportamientos, sobre sus conflictos también tendenciosos y sobre los modelos que estos hombres elaboraron y reelaboran para sus conductas. Es aquí donde remontaremos a un hipotético estado de naturaleza –descrito en la fábula-.

En el II Capítulo, a partir de las contribuciones doctrinales de Marilena Chauí e Immanuel Kant, trataremos acerca de los factores psíquicos que anteceden y justifican todos los diferentes comportamientos y modelos sociales humanos anteriormente mencionados.

En el III Capítulo a través de consideraciones multidisciplinarias, intentaremos ligar más estrechamente los conocimientos psicológicos a los conocimientos jurídicos positivistas. Discutiremos también en este capítulo, la evolución del iusnaturalismo hacía el “iuspositivismo”, y analizaremos los modelos político-jurídicos de diversos autores. Intentaremos mostrar cómo esta vertiente paradigmática de alejar las contribuciones psíquicas de la creación, mantenimiento y reestructuración de las leyes, está causando inmensos perjuicios desde las “leyes implícitas”.

En el IV Capítulo abordaremos finalmente la utilización del proceso de encantamiento social, como un poderoso instrumento al servicio del derecho.

del trabajo citado es inspirada en la obra de Steven Lukes, *Los viajes del Profesor Caritat o las desventuras de la razón* (Editorial Tusquets).

Utilizaremos las teorías de Boaventura de Souza Santos y las aclaraciones psicosociales de Aroldo Rodrigues y Arthur Ramos, acerca de que la solidaridad humana, como un elemento esencial para el encantamiento, puede ser despertada gradualmente y adquirir un estatus de hábito y una obligatoriedad mental, muy superior a la simple obligatoriedad legal.

Terminaremos nuestro trabajo de investigación con unas conclusiones y unas referencias bibliográficas.

Con el objetivo de intentar facilitar una mejor comprensión de nuestras ideas y, por consiguiente, el desarrollo de esta Tesina, seguidamente les exponemos el texto de la fábula, transcrito integralmente y sin ningún tipo de interrupción. En las fábulas no está prohibido fantasear, las fábulas son generalmente enigmáticas y poéticas, todo para que no prejuzguen lo expuesto como un “delirio de filósofos”.

CAPITULO I

**VOLVIENDO AL ESTADO DE
NATURALEZA DEL CONTRATO
SOCIAL: A MODO DE FÁBULA**

Premisa

Aristóteles expuso que, en una sociedad bien ordenada, debían observarse dos principios en relación con el Derecho¹¹: las leyes debían ser pocas en número y, si se quería que fueran efectivas, sólo debían ser aplicadas a una población pequeña. Sir Thomas Moro, en *Utopía*¹², aceptó el primero de los principios aristotélicos al trazar una sociedad ideal “muy bien gobernada con muy pocas leyes” y menos abogados. Pero cuando Moro publicó su obra en 1516 ya estaba abandonando el segundo principio de Aristóteles. Utopía no era una ciudad-estado sino una isla extensa con cincuenta y cuatro “espaciosas y magníficas ciudades” (*civitates*).

Durante los últimos quinientos años de la historia de occidente nos hemos alejado tanto del primero como del segundo de los principios de Aristóteles. El surgimiento de lo que ahora llamamos el Estado-policía, dedicado a tareas militares y fiscales, expandió enormemente el campo, alcance y cantidad de la regulación y legislación del gobierno hasta el punto de que, en la época de la guerra total, el Derecho no dejaba apenas ningún área de la vida social sin tocar y sin regular. Las leyes se multiplicaron y habían de ser cumplidas en todo lugar. La expansión del Estado social en la segunda mitad del siglo XX ha consolidado esta extensión e identificación de la

¹¹ A lo largo de la historia del pensamiento filosófico-jurídico y político han sido muy numerosos los filósofos que han intentado ofrecernos una concepción justa de la sociedad (PITÁGORAS, SÓCRATES, PLATÓN, ARISTÓTELES, los Gracos en Roma, JESUCRISTO, APOLONIO, PLUTARCO, los Padres de la Iglesia, T. MORO, BODINO, CAMPANELLA, GROCIO, HOBBS, LOCKE, PUFFENDORF, MONTESQUIEU, ROUSSEAU, HELVECIO, SMITH, CONDORCET, MIRABEAU, ROBESPIERRE, CONSTANT, BUONAROTTI, OWEN, SAINT-SIMON, MAZZINI, -y tantos otros-) pero, puesto que referirnos a todos desbordaría los límites propuestos de nuestro trabajo, vamos a hacer referencia únicamente a alguno de ellos.

¹² Vid. BELLOSO MARTÍN, Nuria, “*Del Estado utópico al Estado justo*”. En: *Burgense*. Facultad de Teología, Burgos, nº 39,1998, pp.209-242.

ingeniería legal estatal. La infancia, la educación, la tercera edad, la salud, la seguridad, la vivienda, el transporte, el medio ambiente, la muerte y la disposición de nuestros restos mortales son todas materias que están sujetas al Derecho. Al multiplicarse las normas, se extiende su alcance¹³. Hemos rebasado los marcos nacionales y actualmente nos encontramos desarrollando sistemas de jurisdicción supranacional e institucional. El Derecho se ha convertido en un medio para reordenar y rehacer sociedades en continuo movimiento¹⁴.

En el origen de estos procesos durante la Modernidad en Europa se encuentra el renacimiento de una tradición de especulación acerca de la buena sociedad y el mejor estado de una república; una tradición que en su forma utópica se ocupa de la relación crítica entre el derecho y la justicia social, el Derecho y la reestructuración de la sociedad, y el Derecho y la estabilidad social. “Si queremos comprender nuestros sistemas de Derecho, cada vez más complejos y extensos, así como su poder de influencia sobre comunidades cada vez más amplias, y vincularlos con temas de justicia y responsabilidad social, necesitamos partir de aquellos instrumentos que tenemos a nuestro alcance para proceder a la discusión y el debate de tales asuntos”¹⁵. A estas propuestas utópicas, que partiendo del pasado nos permiten entender mejor el presente, nos vamos a referir en las páginas que siguen.

A pesar de las diferencias, todos los modelos de sociedad ideal comparten una serie de rasgos comunes. Todo modelo de sociedad ideal supone la descripción detallada de una sociedad inexistente en el presente pero que pretende realizarse en el futuro; esa implementación será terrenal; además, propone una serie de cambios radicales que transforman por completo la realidad histórica que le sirve como punto de partida. Junto a esto, los modelos de sociedad ideal proponen una solución global que se considera

¹³ Cfr. RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel, *Utopía y Derecho. El sistema jurídico en las sociedades ideales*. Madrid, Marcial Pons-Universidad Carlos III de Madrid, 2002, pp.11-12.

¹⁴ DAVIS, J.C. Prólogo a Cfr. RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel, *Utopía y Derecho. El sistema jurídico en las sociedades ideales*, cit., p.11.

¹⁵ DAVIS, J.C. Prólogo a Cfr. RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel, *Utopía y Derecho. El sistema jurídico en las sociedades ideales*, cit., p.12.

definitiva porque es la forma óptima de gobierno de las cosas y de las personas si (y sólo si) no se alteran las condiciones originales que la determinan. Esta postura más moderada, sostenía que las formas políticas eran creaciones del ser humano y que desde el momento de su instauración comenzaba la cuenta atrás hasta llegar a su desaparición. De igual forma, la transformación de algún elemento fundacional que se considera fundamental en ese nuevo modelo de sociedad ideal puede determinar su adscripción a un nuevo modelo de sociedad ideal. Por último, en todas las sociedades ideales se produce una ambivalencia entre pesimismo y optimismo antropológico, aunque en cada una de ellas la presencia de estos factores es singular porque los motivos para ser pesimista u optimista son distintos¹⁶.

La capacidad fabuladora de la civilización griega inventó, muy tempranamente, una época de perfección pretérita del conjunto de la sociedad humana y un lugar dichoso para los héroes¹⁷. Edad dorada y Campos Elíseos permiten a los griegos diseñar la utopía pérdida y el paraíso recobrado, lo mismo que en los hebreos se conjugan el Edén adánico y la esperanza mesiánica de la auténtica tierra prometida, al final de los tiempos. Siglos más tarde, los romanos, con su escasa disposición para la utopía, adoptarán el mito griego de la edad de oro, como han mostrado las obras de Ovidio y de Virgilio. Se trataba de ubicar en la lejanía y en zona inaccesible el Paraíso, el Elíseo. En ello coinciden griegos y hebreos, pero también los fenicios. La utopía viajera se va a disparar en busca de los paraísos perdidos, de los símbolos edénicos, ya se trate del vellocino de oro o del Santo Grial, con la conciencia de los peligros y horrores que circundan el lugar de los bienaventurados. En esta actitud colabora la persistencia de viejos mitos astrales: allí donde el sol se pone, reina la muerte. En esta óptica, habrá creaciones utópicas con

¹⁶ RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel, *Utopía y Derecho. El sistema jurídico en las sociedades ideales*, cit., p.440.

¹⁷ Seguimos aquí la exposición de BELLOSO MARTÍN, Nuria, “*Del Estado utópico al Estado justo*”, cit.

derivaciones sensualistas y placenteras y otras, por el contrario, responden a una línea ascética y represiva, entregada a la idealización del orden político espartano¹⁸.

M. A. Ramiro Avilés diferencia unos modelos anómicos de sociedad real (Abundantia, Naturalia, Moralia y Millenium) de un modelo nómico de sociedad ideal (utopía)¹⁹. Vamos a referirnos brevemente a cada uno de estos modelos ya que constituyen arquetipos de la concepción antropológica del hombre y de sus posibilidades.

Abundantia es el modelo de sociedad ideal de las capas bajas de la población porque la solución que propone a los problemas sociales y políticos se basa en una inversión del mundo real mediante la cual donde había escasez, existe abundancia; donde fatiga, descanso; exclusión de las clases sociales privilegiadas; satisfacción de los deseos y apetitos más grotescos y sin conocimiento de límite alguno. Es un modelo herético no sólo por ser terrenal sino por localizar en el Oeste un lugar mejor que el paraíso religioso. En este modelo se observa que el deseo de escapar de la realidad se hace más evidente, puesto que las propuestas de reforma son irrealizables, ya que dependen de factores que ni son, ni van a ser, controlables por el ser humano o no lo eran en el momento de su aparición. La satisfacción de las necesidades y de los deseos de las personas sin necesidad de realizar ningún esfuerzo corporal es la clave de este modelo de sociedad ideal. En Abundantia, el hombre puede vivir en paz, sin que existan conflictos entre las personas y sin necesidad de normas que regulen sus comportamientos. La libertad y la igualdad son plenas y no generan situaciones conflictivas.

En Naturalia se produce una nueva configuración de todos los elementos, ya sean materiales, funcionales o históricos. En este modelo de sociedad ideal no se satisfacen todos y cada uno de los deseos de las personas sino sólo las necesidades básicas, porque el hombre, que ha reformado su comportamiento al recuperar la

¹⁸ Cfr. GONZÁLEZ SEARA, L., *El poder y la palabra. Idea del Estado y vida política en la cultura europea*. Madrid, Tecnos, 1995, pp.139-141.

¹⁹ RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel, *Utopía y Derecho. El sistema jurídico en las sociedades ideales*, cit., pp.440-444.

bondadosa naturaleza humana perdida, modera sus exigencias. La naturaleza humana se transforma radicalmente porque se recupera la configuración primigenia, ya que estaba viciada por los elementos artificiales de la sociedad. El retorno al estado de naturaleza a una sociedad anterior menos desarrollada social, científica, tecnológica y culturalmente es la propuesta que se hace en este modelo futuro de sociedad ideal. En Naturalia se defiende una postura distinta de la doctrina básica del contractualismo clásico que propugnaba la salida del estado de naturaleza y el paso necesario a la sociedad civil; se busca la vuelta a esa condición humana y social perdida por los hombres. La simplificación de la vida y el abandono de la ciudad, junto a la reforma de la naturaleza humana, causan la desaparición de las normas e instituciones jurídicas.

En el modelo de Moralia el entorno natural no sufre ninguna alteración, sino que es el comportamiento humano quien, al transformarse, facilita el advenimiento de la sociedad ideal. A pesar de esta coincidencia no se recupera la naturaleza humana primigenia, sino que se crea una nueva naturaleza humana mediante el proceso de reeducación. La principal fuente de los problemas es la naturaleza humana y sólo una reforma de la misma puede servir para crear la sociedad ideal. En este modelo de sociedad ideal el elemento personal en el gobierno es más relevante que las estructuras formales e institucionales. La reforma de la naturaleza humana transforma a la sociedad porque genera una situación social en la que los conflictos entre las personas desaparecen. El ejercicio de las virtudes personales debe ser real y efectivo, sin simulación o disimulación por parte de los gobernantes o de los ciudadanos. Se logra constituir una sociedad de ángeles, de seres perfectamente racionales que actúan siempre de forma correcta, que respetan en todo momento la idea de justicia que está grabada en sus corazones. Por ello, no es necesaria la presencia de las normas.

En el modelo de Millenium la transformación total y radical de la sociedad se produce cuando las condiciones históricas que están determinadas sean las propicias. Este modelo de sociedad ideal se basa en la acción de una fuerza trascendental que es independiente de la voluntad humana y que puede manejar a los hombres como simples instrumentos de sus designios. El líder carismático investido con una misión divina

maneja un grupo de personas y las encamina hacia la sociedad ideal, hacia el paraíso perdido que disfrutarán los elegidos. Como consecuencia de la acción de la fuerza trascendental, se transformará tanto el entorno natural como la naturaleza humana, y el resultado será una sociedad en la que los hombres puedan satisfacer sus necesidades y puedan prescindir de las normas y de las instituciones de gobierno. Este modelo de sociedad ideal es el que tiene un contacto más directo con la religión porque en un inicio era la doctrina oficial del cristianismo y posteriormente fue considerado una herejía cuando se impuso la idea de la salvación ultraterrena y la acción necesaria de la iglesia.

Por último, el modelo de Utopía hereda la palabra creada por Moro e inicia una nueva forma de sociedad ideal. Todas las obras que se encuadran bajo esta etiqueta pertenecen a una misma tradición utópica porque la solución material que se camufla bajo el aspecto formal es idéntica. Concretamente, ninguno de estos autores piensa que la naturaleza humana o el entorno natural se perfeccionan sino que permanecen imperfectos. Buscan la perfección social. El gobierno óptimo no depende de la naturaleza humana o entorno natural, sino de una estructura formal de gobierno que los controle y palie, en la medida de lo posible, sus efectos negativos en la sociedad. El respeto de las normas y la abundancia de bienes, tiene su origen en una serie de normas que establecen los comportamientos debidos, que sancionan la violación de las obligaciones y que distribuyen de forma adecuada los bienes materiales disponibles. En el modelo de Utopía se confía la transformación de la realidad al Derecho, a las normas jurídicas, a las estructuras formales de gobierno y administración creadas por la voluntad de los hombres.

Utopía es el único modelo de sociedad ideal que precisa la presencia de normas para alcanzar la forma óptima de gobierno. En el resto de sociedades ideales predomina la anomia, es decir, no se precisa la existencia de ningún tipo de norma que regule el comportamiento de las personas o administre la distribución de bienes. En Abundancia, Naturalia, Moralia o Millenium se pretende que la eliminación del Derecho no suponga el trasvase a otro sistema normativo de la autoridad que éste ejercía; ésta desaparece porque no es necesaria. En cambio, en el sistema basado en la solución aportada por

Moro se refuerza la autoridad que tiene un sistema normativo para controlar los comportamientos de las personas. En las sociedades ideales anómicas pueden encontrarse acusas y argumentos para justificar no sólo la desaparición de las normas jurídicas sino de cualquier tipo de norma –morales o consuetudinarias-. Las causas materiales son, primero, la abundancia de bienes; segundo, la perfección de la naturaleza humana que permite comportamientos justos o una justa adecuación de su comportamiento, la presencia de las normas no será necesaria. Si la población no tiene que luchar por conseguir los bienes materiales básicos para satisfacer sus necesidades y/o deseos, desaparecerá una de las principales causas que generan conflictos en la sociedad y las normas destinadas a solucionarlos carecerán de sentido. “Si no existen conflictos interpersonales generados por la lucha por los bienes y no existen problemas a la hora de interpretar qué es lo justo, el Derecho no tiene sentido en la sociedad porque no aporta nada. Además, existe una relación conflictiva entre sociedad ideal y Derecho porque la presencia de normas –en especial las jurídicas- se asocia a la idea de imperfección. Sólo son necesarios mecanismos formales de gobierno si la sociedad es imperfecta, al no resolver satisfactoriamente los problemas generados por la escasez de bienes y la maldad humana”²⁰.

²⁰ RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel, *Utopía y Derecho. El sistema jurídico en las sociedades ideales*, cit., p.444. Apunta Ramiro Avilés que, en la óptica utópica, las críticas que se plantean al Derecho pueden encuadrarse en dos grupos, uno formal y otro material. Las críticas formales al Derecho vigente se basan en la existencia de un gran número de normas, incomprensibles, no públicas, abiertas a la interpretación, ineficaces; la crítica material básica es la falta de adecuación entre la legalidad y la idea de justicia. Como compensación de los defectos detectados, lo utopistas proponen un sistema jurídico que está compuesto por pocas normas aunque éstas regulan todos los comportamientos que una persona puede realizar. Estas normas están publicadas, son hechas públicas y están escritas en la lengua propia de las destinatarias de las mismas, con el objeto de que puedan ajustar su comportamiento al mandato de la norma. Las normas son claras y se aplica el principio de *in claris non fit interpretatio*, por lo que los jueces se convierten en la boca muda que pronuncia las palabras de la ley. Por último, la ejecución de las normas es rigurosa y no se deja sin sanción ninguna acción contraria a aquello que es debido. Por otra parte, el defecto material se soluciona cuando se postula la existencia de normas jurídicas que en todo momento respetan una idea de justicia, la cual es compartida por la población [...] Por otro lado, en la sociedad ideal de Utopía se crean unos buenos hábitos de comportamiento que reducen la aplicación coactiva de las normas jurídicas. La mayoría de las personas obedecen de forma espontánea a las normas con lo que se reduce el número de acciones delictivas o pecaminosas y las buenas costumbres priman sobre las malas” (*Ibidem*, p.445).

1.1. La fábula

El principio

En un gran bosque se encontraba una comunidad de hombres buenos y malos, débiles y fuertes, donde imperaba un peculiar desorden, fruto de la variedad de sentimientos y razones.

En este gran bosque vivía un sujeto muy endeble, flaco, acostumbrado a pedir todos los días, era golpeado tanto que hasta perdía el hambre y, cuando el hambre volvía era siempre el último en comer, de la comida que sobraba. Al pobre hombre no le gustaba la vida que tenía, andaba siempre triste y soñaba con nuevos días, donde no sufriría más agresiones, aún imaginando que los nuevos días serían muy difíciles.

¡Eureka!

El flaco entendió innegablemente que no sería a través de la fuerza física como conseguiría cambiar el orden de las cosas. Sólo la fuerza de las ideas bien aplicadas podría ayudarle, necesitaba ser inteligente, crear algo innovador, que las otras personas no pudieran controlar, que provocase miedo e impusiese respeto.

La búsqueda de ideas originales se centraban en las rocas, que constituían el foco de atención de los hombres y mujeres de aquella tribu. Todos las utilizaban como un instrumento de comunicación y especialmente de registro, hacían dibujos de personas, de animales, de la luna, del sol, de la lluvia, registraban todo lo interesante que sucedía.

El flaco prestó especial atención a la escritura, inventó símbolos, códigos estándar que sólo él entendía, registraba sus acontecimientos en trozos de piedras sueltas y no en las rocas grandes y fijas. Al principio diseñaba con piedras pequeñas y puntiagudas, pero posteriormente comenzó a utilizar el carbón que se coge cuando el fuego se ha extinguido.

A partir de entonces el flaco no volvió a ser el mismo, vivía escribiendo, no paraba siquiera para comer. Toda idea que tenía la codificaba, hasta el día en que ya tuvo el cesto lleno de piedras y pensó cual podría ser la utilidad de un cesto lleno de piedras con símbolos que sólo él entendía. Consideró que todas esas piedras podrían ser destrozadas por alguien para hacer lanzas o hachas y que él sería incapaz de protegerlas.

El flaco necesitaba que alguien que pudiese guardar y proteger las piedras, pero como las únicas personas en las que confiaba eran tan flacas como él, no sabía qué hacer. Después de haber pensado mucho en ello, el flaco creó un ser eterno, dotado de una fuerza incalculable, invisible y no humana, que no tenía cuerpo como el nuestro, y con un poder misterioso y capaz de matar diez hombres con un solo estornudo.

Este monstruo increíble no existía más que en su imaginación, un monstruo que asustaba a todos con una serie de muertes, todas causadas por él y otros flacos, que eran sus amigos, y otros que participaban del plan recientemente elaborado y que estaban de su parte. Juntos mataron a decenas de personas, siempre de forma brutal. Crearon el pánico, provocando temor en todos los demás que estaban al alcance del terrible monstruo.

Ahora que ya se había sembrado el miedo en todas las personas, comenzó a poner en práctica sus ideas, utilizando todas las piedras que antes parecían no tener utilidad, pero que ahora se transformarían en mandamientos.

Mostró a todos las cosas que había escrito, llamando todo lo que había escrito ‘contrato social’, compuesto por normas, reglas que todos deberían obedecer para mantener sus vidas y la nueva paz asegurada, dando inicio a su principal idea, un nuevo pacto social.

Las personas estaban asustadas, la idea de un ser tan poderoso y amenazante era más que suficiente para que todos fueran sensibles y se sometieran a los acuerdos. El flaco aseguraba que había mantenido contacto directo con el monstruo, afirmando que había conseguido llegar a un acuerdo que permitía la coexistencia entre el monstruo y todas las personas.

El flaco dio forma al contrato, de manera que cada una de sus normas representara una imposición directa del monstruo, y aquel hombre que antes era explotado y marginado, ahora gozaba de todo respeto. Bastaba utilizar sus normas de la manera que más le convenía para poder alcanzar y mantener una nueva forma de poder.

La Implantación

Inicialmente a las personas les costó adaptarse, dado que los hombres y las mujeres no estaban acostumbrados a la escritura y, especialmente, a la manera en cómo se estaba utilizando. El contrato debía ser utilizado con sumo cuidado, mediante normas de conductas determinantes, taxativas y fuertes. Serían la base de la nueva sociedad, controlarían todo, de ellas partirían las determinaciones del bien y del mal, de lo feo y de lo hermoso, de todas las voluntades.

El Nacimiento del Soberano

Los hombres deberían someterse a las normas, cederían parte de sus libertades, pero tendrían aseguradas las condiciones básicas de supervivencia, por eso el pacto debía ser cumplido minuciosamente, obedeciendo cada norma.

- No matar.
- No explotar.
- Todos tienen derecho a vivienda, alimentos y bienes.
- Es deber de todos preservar y colaborar con la salud y la vida de quienes integran el contrato.
- El monstruo tiene que ser siempre alimentado, retribuido y recompensado por los beneficios que proporciona.
- Cada individuo es directamente responsable de cualquier acto que el soberano realice, por lo que el soberano nunca será injusto y no podrá ser castigado o muerto.

La Adaptación

Junto al amanecer y al atardecer pidieron a la luna que les ayudase a llenar de prosperidad los días. La luna sugiere entonces que, durante tres meses, el monstruo debía matar cada día a dos personas al amanecer y otra al atardecer, sólo para que las personas prestasen más atención al tiempo, valoraran más la vida y repudiaran a la muerte.

El tiempo pasaba y el incumplimiento del contrato eran inevitable, asesinatos, explotación, robo, violación de domicilio, no contribución al sustento del monstruo, fueron los casos más frecuentes y en todos esos casos la nueva justicia actuó con la furia del monstruo aplicada mediante los hombres.

A través del sistema, el hombre le dio al hombre el mal del mundo, todo ello como resultado de la voluntad de un flaco de querer ser feliz y por la inocencia de transformarlo. Y a pesar de las lágrimas, todos seremos injustos para el bien de la justicia que mantenemos.

Alegando la mala alimentación del monstruo, el flaco exigía cada vez más contribuciones, contribuciones sobre casi siempre sobre la propiedad, la caza, la pesca. Con la recaudación de tantos tributos, la comunidad se encontró con la necesidad de hacer otras cosas para sobrevivir mejor. La agricultura fue ganando fuerza, la artesanía también y el comercio cada vez estaba más presente.

Incluso con las nuevas actividades de subsistencia, las condiciones de vida seguían siendo difíciles para la comunidad, lo que obligó a muchas personas a robar o cometer alguna acción que infringía el contrato social. Con esas grandes dificultades el incumplimiento del contrato era inevitable y las sucesivas muertes también. El flaco se percató de que estaba cometiendo un gran error al matar a todas esas personas.

Tantas muertes representaban un gran desperdicio de fuerza y contribución, por eso las muertes deberían parar. ¿Para qué matarlos, si podemos explotarlos? Aquéllos que no cumplan con el contrato, en lugar de muertos, deberán vivir presos, por considerar los como no aptos a la vida social, contribuyendo con trabajos forzados y de forma gratuita. Cumplida su pena, serán liberados, pero sin las condiciones psíquicas de coexistencia, vivirán en las calles, excluidos y sirviendo como un ejemplo para toda la comunidad. Muchos de ellos, ladrones, asesinos, meretrices y vagabundos, todos alimentando a un sistema maldito.

¿Justicia o Derecho?

Llegaba la hora de modificar el contrato, ya que había adquirido una enorme complejidad. Comenzaba a entrar en escena el derecho, propiciando dirección y carácter a la nueva justicia. La vida en aquel pueblo ya no era fácil, con la contribución de la nueva noción del tiempo, los años pasaban y la comunidad se fue acostumbrando cada vez más al contrato.

Los flacos hacían un discurso en la plaza pública cada semana, distribuían carne y bebida, mucha bebida gratis, decían que era un regalo del monstruo para que ahora los ciudadanos continuaran desarrollando una buena conducta y el respeto social. Si se hacía un breve recorrido, se podían observar diferentes situaciones tristes y divertidas: se estaban tallando los árboles, las calles estaban llenas de mendigos, había una gran afluencia en las calles con sandías, calabazas y otros productos, intercambiando sus productos, concentrándose todos en un sólo lugar.

El sufrimiento de María

Mirando más atentamente, se notaba una gran diferencia entre las propiedades. Las más grandes y más robustas se mantenían bien alejadas de las más pequeñas y más frágiles. No fue difícil entender por qué algunos robaban, dentro de las casas faltaban hombres, de los tres que vivían allí, dos estaban detenidos y no tenía nada para comer.

El sufrimiento de María

De todas aquellas personas, María era aquella a la que yo le tenía más lastima. Al final de cada tarde se arrastraba hasta la parte delantera de la casa para hacer lo que más le gustaba, admirar la belleza y la grandeza de los cielos.

Con los ojos fijos, nadie sabía lo que María estaba pensando, sólo sabían que era diferente de todos los demás. Apenas comía, parecía alimentarse de algo que no fuera comida, de algo que no le pesaba en la barriga, pero que alimentaba su espíritu.

En una noche sin estrellas, todo cambiaría. Los enormes cestos de comida dejados por los flacos en las puertas de los hambrientos, se convertirían en el primero

de los milagros corrompidos y Maria que presenciaba todo sentada debajo de un árbol, se quedaría muda y semanas después moriría, hambrienta tal vez, como todos decían.

De la esperanza de otros milagros surgiría la fe, que haría nacer otras Marías. Los días iban pasando y los milagros ya no se producían, convirtiendo todo en pecado. Pronto, el flaco había logrado por fin lo que quería. Con la aparición de los pecados, logró obtener el más fiel de sus súbditos, y la fe, los milagros y las Marías se encargarían de dar al mundo los mitos, las creencias, las convenciones y los prejuicios de todo tipo.

Con todas esas posibilidades, los flacos ya pudieron calmar los ánimos del pueblo, que hablaba de revolución. Primero inventaron los sacerdotes y las iglesias, después los matrimonios y otra idea de familia. Y como el pueblo todavía continuaba amenazando, constituyeron la policía, reunieron un gran número de prostitutas y también crearon los prostíbulos, comenzaron a liberar a los presos que tenían una buena conducta y con su apoyo dieron inicio a un esquema de trabajo asalariado.

El pueblo finalmente se calmó, pero el flaco sabía que eso no duraría mucho tiempo, necesitaba inventar algo que lo ayudara a mantener con más fuerza el control y el poder. Fue entonces cuando se decidió crear la clase medía, de dónde surgirían los médicos, jueces, abogados, fiscales y profesores. Sería una parte del pueblo mejor alimentada, tendrían en parte acceso a los planes de los flacos, serían educados y sólo aprenderían lo que exactamente quisieran los flacos.

El Silencio del Poeta

Mientras desarrollaba esta complicada idea, que sería tal vez la solución para el fin de sus peores problemas, los flacos encontraron a los sabios, hombres muy inteligentes que vivían contando historias a quien quisiera escuchar. Los sabios eran

muy ancianos, que habían nacido mucho antes del nuevo contrato social creado por el flaco.

Para los niños que vivían en la villa, los sabios eran la mayor diversión. Todos los días después de sus asuntos, decenas de niños se reunían para escuchar las historias, los sabios en toda su sabiduría, decían que desde hace mucho tiempo, ni los hombres, ni las mujeres hablaban, hasta que un día decidieron comenzar a hablar, apareciendo así el primer chiflado; y hoy todos hablan, tanto hombres, como mujeres, sorprendidos por el silencio y los gritos.

Decían saber también donde había dos personas que nunca habían cometido un sólo pecado, decían que estas personas estaban atrapadas en nuestras cabezas y eran responsables por los errores y los aciertos que inventamos y cometemos – representados por Dios y el Demonio-..

Después de todas esas historias, los niños se retiraron y dejaron los sabios a solas. Al día siguiente los sabios estaban todos muertos y en el lugar donde sus vasos podrecían, escuelas y facultades fueron fundadas, lugares donde sólo una pequeña parte del pueblo asistiría.

Desde lo alto de un árbol, un vagabundo con alas atrofiadas a su espalda, acompañaba todo callado hasta que a lo largo de los años las escuelas y facultades formasen los primeros profesionales.

El monstruo que era antes tan aterrador, había caído en el olvido por completo, la noción de paz que había sido alterada, ahora era original para los miles de niños que nacieron después del contrato. No se hablaba ya del pacto social, porque el estado de derecho era lo que se enseñaba en las escuelas y todos los que nacían eran identificados, eran ciudadanos con derechos y deberes supuestamente asegurados.

El Poder Paralelo

Murió el flaco, emboscado por los rebeldes, hombres que nunca se adhirieron al contrato o que lo rechazaron para vivir iluminados y escondidos en los bosques, al margen del nuevo poder Estatal. El flaco mantenía negocios a escondidas con los rebeldes, a través de acuerdos practicaban comercio prohibido y a causa de algunas desavenencias, el flaco acabó siendo asesinado.

Desde entonces el contrato pierde algunos de sus puntos esenciales, leyes e infracciones estaban de común acuerdo, los rebeldes eran parte indispensable en la economía, en la estructura y en la vida del contrato. La vida en el pueblo tardó en volver a la normalidad, la falta del flaco provocó un desequilibrio enorme, que poco a poco fue siendo controlado por sus súbditos.

El flaco siempre era recordado en las historias que los padres contaban a sus hijos y los abuelos a sus nietos, historias de alguien que intentó reinventar la vida, sus alegrías y tristezas, su inicio y su fin.

La villa ahora se había transformado en una ciudad grande y temible, a pesar de todo el desarrollo, la manera como las personas vivían era prácticamente la misma, los hombres respetaban más las leyes y el derecho que a sí mismos, olvidándose de sus propios sentimientos, alimentándose de los sueños de consumo, viviendo para la riqueza que inventaban.

Un día en esta gran ciudad, después de una pelea generalizada, las mujeres decidieron encerrar a los hombres hasta el día siguiente para que se calmasen y, en el transcurso de la noche, escucharon incomprensibles discusiones entre aquellos hombres y lo inimaginable.

Después del descanso del día y de un adorable silencio, las mujeres decidieron soltarlos, descubriendo simultáneamente que eso ya no sería posible, porque estaban todos muertos, después de que hubieran matado sus propias almas.

Después de mucho tiempo las personas iban muriendo y nacían muy pocos, la comunidad destruida tenía cada vez menos pobladores y estaba a punto de extinguirse.

Por iniciativa de Maria, todas las mujeres juntas caminaron hasta los pastos y sentadas debajo de un árbol, buscaban con sus ojos los retazos de la última esperanza.

Recordarían todas las esperanzas suicidadas y abandonadas antes de la muerte y, cuando encontrasen la fe, ya no hablarían más de nada. Los cielos les darían el azul buscado por todos los mares y el blanco más claro que su paz desease.

Se perderían entre sus ojos y derramarían con sus lágrimas a aquello que más fértil precisara el suelo. Despertarían a los jardines que prenderían las esperanzas muertas.

Con la fuerza que les quedaba, las mujeres subieron a las montañas para situarse más cerca del día y de la noche, de la lluvia y de las nubes. Durante todo el tiempo, cogidas de las manos miraron el cielo hasta que se pusiera oscuro y aparecieran las estrellas.

Después del sudor y el calor sintieron frío. Cubiertas por la luz de la luna, estaban todas germinadas y sólo esperaban el tiempo para dar a luz.

¡Con la muerte de las mujeres, nacieron los niños entonces! ¿Qué destinos contrarios al del viento tomarán? Se le pasará el tiempo cuando las manos y corazones latan por igual, vivirán los días sin dar gracias a la noche, la lluvia caerá sin notar que las flores brotan sin fecundar ni siquiera una vida. Observarán a los pájaros, con las alas que el viento arrastra, dándole la espalda.

Sabemos del control y de la comunión social, lo mismo que sabemos del amor y de la vida. Al derecho, a los códigos y las leyes, esta fábula pretende representar la importancia del bien, de los instintos y de la justicia. A los Estados, a los gobernantes

y a los ciudadanos, esta fábula pretende reafirmar la importancia de los hombres y de los animales.

1.2. Insuficiencia Gubernamental

Si pudiésemos conocer en un sólo instante todos los rincones del mundo, verificaríamos también en un sólo instante cuánta miseria, pobreza y sufrimiento existe en ellos. No es una pretensión ingenua o inmodesta intentar descubrir porqué hay tanta hambre cuando sobra comida, tanto egoísmo cuando las personas afirman estar cada vez más evolucionadas, tantos delincuentes cuando las leyes son cada vez más numerosas.

Desde la antigüedad estamos intentando imaginar cual sería el modelo perfecto para regular la coexistencia social. Tal vez deberíamos considerar una nación que cuenta con una legislación amplia, un positivismo excesivo, no necesariamente representa una nación que tiene un control estatal equilibrado, pudiendo muchas veces representar exactamente lo contrario, una nación llena de incertidumbres y desequilibrios sociales.

No debemos creer que las repuestas y las soluciones al control estatal estén exclusivamente en la formulación de leyes más completas y rigurosas. Este tipo de entendimiento distorsionado nos lleva a errores graves, como el de creer que leyes más severas, o la disminución de la edad penal darían como resultado una reducción permanente en el número de delitos.

La solución radica en hacer que principios legales sean totalmente respetados y cumplidos. Se subraya la importancia de la educación, pero pocos de nosotros defendemos en serio el acceso de todos a este derecho fundamental.

La baja estima, el no reconocimiento intelectual, la desvalorización humana, son factores negativos directamente responsables del aumento de la criminalidad, siendo más responsables que el propio tráfico de drogas, porque son precisamente estos factores negativos los que aproximan a niños y niñas no sólo al tráfico de drogas, sino a la criminalidad en su conjunto.

Leyes más severas no consiguen corregir los desequilibrios causados por la inobservancia e inaplicabilidad de esos principios legales. Estas leyes más severas funcionan meramente como paliativas, como un recurso que momentáneamente hace surtir algún efecto, pero que posteriormente, con la consecuente adaptación social, no provocan el efecto deseado o la respuesta pretendida.

a) Modelo Perfecto

¿Qué hace que el hombre ya no confíe en los hombres? ¿Exceso de razón o exceso de ignorancia? Considerando que las fuentes del conocimiento son inagotables, alguien excesivamente racional puede llegar a ser excesivamente ignorante.

Se trata de ser capaz de apreciar algo diferente, como en el “mito de la caverna” de Platón. Porque el sistema social que existe hoy y que seguirá evolucionando, es original para quien nació ayer y para quien nacerá mañana.

Dime cuál es tu problema y yo te diré cómo resolverlo. Así, simple como una formula matemática, como una ecuación que, si bien posicionada en la X o la Y, considerando “algunas variables”, obtendremos la formulación del modelo perfecto de contrato social.

Es la reafirmación del racionalismo clásico nacido en el siglo XVII, de la filosofía moderna y posteriormente de la filosofía iluminista. A partir de entonces el

hombre comienza a probar a fondo su capacidad intelectual, retomando el ejercicio de autorreflexión iniciado por Sócrates entre los siglos IV e III (a.C).²¹

A partir de Galileo Galilei, se trabaja con un sistema racional mecánico, estructurado matemáticamente. A partir de esta Ciencia Clásica (mecánica), se plantea la necesidad de la experimentación, del desarrollo de las tecnologías y surge el ideal que “el hombre podrá dominar técnicamente la naturaleza y la sociedad”.²²

El iusnaturalismo racionalista, apartado del objetivismo dogmático y sedimentado en la razón humana, en el antropocentrismo, fue de fundamental importancia para el proceso de liberación del individuo, iniciado en el siglo XVI, actuando e impulsando la libertad de movimiento, espiritual y religiosa, la humanización de las penas, la eliminación de la tortura y el principio de la igualdad ante la ley, un esbozo de lo que hoy conocemos como derechos humanos.²³

Hubo razones más que suficientes para dudar del optimismo científico y tecnológico surgido en el siglo XVII y continuado en los siglos XVIII y XIX con el Iluminismo. Dos grandes guerras mundiales y el holocausto son pruebas evidentes de que la ciencia, por muy metódica que sea, se choca con nuestras condiciones emocionales y espirituales, y no consigue crear de forma meramente positivista un contrato que intente compensar de forma burocrática lo que nos falta: el alma.

También técnicamente, René Descartes, considerado por muchos como el fundador de la filosofía moderna (el racionalismo de la edad moderna), aportó un sistema de coordenadas, conocido con el tiempo como sistema cartesiano, capaz de transformar las áreas científicas más diversas, incluyendo la medicina. Pero este

²¹ SOUSA CHAUI, Marilena de . *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2000. p. 40 - 43.

²² La realidad es un sistema de causalidades racionales rigurosas que pueden ser conocidas y transformadas por el hombre. Nace la idea de experimentación y de la tecnología (conocimiento teórico que orienta a las intervenciones prácticas) y el ideal de que el hombre podrá dominar técnicamente la Naturaleza y la sociedad.(Chauí, 2000, p. 56-57).

²³ Azevedo, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996. p. 101- 102).

riguroso sistema de coordenadas también dio lugar a un paradigma, tendente a tratar por separado y de forma inconexa las áreas del conocimiento.

Contribuciones intelectuales como la de J. J. Rousseau, distan mucho de ofrecernos un modelo perfecto de control social. ¿Perfecto? Y si fuera perfecto este modelo de control en que vivimos ¿por qué aún así las personas continúan matando, robando y pasando hambre? ¿Qué tipo de poder mantiene todo este orden? ¿Por qué parece que todos lo permiten?

Necesitamos creer que el derecho y las leyes existen para protegernos, para hacer nuestra vida más fácil. Los hombres evolucionan y por consiguiente sus patrones de coexistencia también han evolucionado. Rousseau nos descubre la asombrosa transformación que experimentan los hombres cuando pasan del estado de naturaleza al estado civil, cuando los hombres comienzan a sustituir los instintos por la justicia, comportándose como ciudadanos, controlando racionalmente sus impulsos físicos.²⁴

El estado civil debe representar una mejora significativa en la vida de todos los que formaban parte del estado de naturaleza, es decir, debe garantizar las condiciones mínimas de supervivencia y tranquilidad, para que aquellos que ahora son ciudadanos no estén obligados a actuar por impulsos físicos, instintivos y salvajes como lo hacían en el estado de naturaleza.

²⁴ La transición del estado natural al estado civil produce en el hombre un cambio muy notable, sustituyendo en su conducta la justicia al instinto y dando a sus acciones la moralidad de que antes carecían. Es entonces cuando, sucediendo la voz del deber a la impulsión física, y el derecho al apetito, el hombre, que antes no había considerado ni tenido en cuenta más que su persona, se ve obligado a obrar basado en distintos principios, consultando a la razón antes de prestar oído a sus inclinaciones. Aunque se prive en este estado de muchas ventajas naturales, gana en cambio otras tan grandes, sus facultades se ejercitan y se desarrollan, sus ideas se extienden, sus sentimientos se ennoblecen, su alma entera se eleva a tal punto que, si los abusos de esta nueva condición no le degradasen a menudo hasta colocarle en situación inferior a la en que estaba, debería bendecir sin cesar el dichoso instante en que la quitó para siempre y en que, de animal estúpido y limitado, se convirtió en un ser inteligente, en hombre. (Rousseau, Jean-Jacques. *Do contrato social: Princípios do direito político* . 3ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 25 – 26).

Conviene reflexionar sobre la posibilidad de la coexistencia de los estados de naturaleza y civil. ¿Cuántas personas viven en condiciones muy similares al estado de naturaleza, pero son regulados y sancionados por el estado civil?

Esta definición de estado de naturaleza y estado civil es meramente técnica y teórica, porque el estado civil es una transformación del estado de naturaleza sin que ello implique que Estado de naturaleza dejó de existir. El contrato social no representa una división entre los dos tipos de Estado, el contrato social siempre existió, tal vez no de forma escrita, explícita, pero sí implícita, como las normas de conducta que son inherentes a la coexistencia humana o de cualquier otro animal.

Por más rudimentaria que sea una sociedad, independientemente de las leyes escritas, será organizada y compleja con sus costumbres, normas, reglas y principios. Las leyes y el derecho deben, en primer lugar, ser aceptados, porque lo que mantiene el Estado es el derecho, pero lo que mantiene el derecho son las convenciones.

Es como estar dentro de algo tan grande que no conseguimos explicar, que somos nosotros mismos, ladrones o policías, condenados o jueces. Como si aún después de romper con todas las ideologías, no fuéramos capaces de discernir las verdades o mentiras que estas mismas ideologías sostienen.

Ya que existen antes de las leyes elementos más importantes y poderosos, ¿cuál es realmente el significado de las leyes? ¿Sería para mejorar lo que ya existía? Y ¿cuándo la función de la ley depende de un sin número de comportamientos humanos, para no corromper su función? ¿Y qué sucede cuándo su función está inherentemente corrompida, pero con el pasar del tiempo las nuevas ideologías y las propias costumbres van conduciendo a los ciudadanos a creer que siempre fue así? ¿Será siempre así? ²⁵

²⁵ Bajo los malos gobiernos, esa igualdad es sólo aparente e ilusoria: sirve solamente para mantener al pobre en su miseria y al rico en su usurpación. En realidad, las leyes son siempre útiles para los que poseen y perjudiciales para los que nada tienen. De ahí se puede deducir el Estado social sólo es

Con una propuesta diferente y un intento de contestar negativamente a esta pregunta, el filósofo norteamericano John Rawls, en su obra *Una teoría de la justicia*, afirmó que en una sociedad deben existir reglas de conducta reconocidas como obligatorias por todos sus integrantes y capaces de regular lo que el autor llama “sistema de cooperación”. Sin embargo, Rawls deja una ventana entre abierta cuando dice que estas reglas de conducta son generalmente respetadas²⁶. En ocasiones estas reglas no se respetan y Rawls presenta una propuesta sobre como gestionar este problema.

Según Rawls, estas reglas de conducta derivan de las relaciones mutuas que los cooperados adoptan como obligatorias, pues creen que estas reglas servirán para mantener el bien de todos. Ello fue el mayor aliciente para la creación de este sistema de cooperación llamado sociedad.

Esta sociedad proporciona la capacidad de desarrollarse mejor que si tuvieran que depender exclusivamente de sus propios esfuerzos. Esta capacidad de desarrollarse mejor, creaba según Rawls, una identidad de interés común para todos los miembros, pero la distribución de lo producido no resulta idéntica para todos. Según Rawls, aquí surge un conflicto de intereses, intrínseco a cualquiera sociedad. Ante este conflicto de intereses, Rawls aboga por la adopción de un conjunto de principios que puedan determinar ordenadamente una división de ventajas, a través de un acuerdo sobre una adecuada distribución.²⁷

En este sentido, Rawls afirma que: “Esos principios son los principios de la justicia social: proporcionarán una manera de atribuir derechos y deberes en las instituciones básicas de la sociedad y definen la adecuada distribución de beneficios y cargas de la cooperación social”.

ventajoso para los hombres en la medida en que todos ellos tienen algo y los demás no tienen (Rousseau, 1996, p. 30)

²⁶ Rawls, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p.4

²⁷ Rawls, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p.5

Rawls defiende que para que la sociedad sea regulada adecuadamente, debe tener principios públicamente aceptados, donde incluso ante los conflictos más variados, ofrezcan más pautas para juzgarlos.

Nuestro propósito es demostrar cómo las ideas de Rawls también terminan defendiendo el “encantamiento”. Rawls subraya el papel que juegan otros mecanismos capaces de calmar los conflictos derivados del incumplimiento de las reglas de conducta.

La cuestión es: ¿quién hace el papel de las leyes y del derecho? ¿Las reglas de conducta obligatorias, o los principios de la justicia que tiene públicamente el poder para guiar los juicios?

A pesar de que Rawls confiere a las reglas de conducta una obligatoriedad, creemos que este requisito tiene que ver más con una obligación moral y de costumbre, que no con una obligación legal. Descartada la idea de atribuir a las reglas de conducta el papel del derecho y de las leyes, nos queda por examinar los principios de justicia que difieren de las reglas de conducta.

Consideramos que sería un error atribuir a las reglas de conducta o a los principios de la justicia social, el papel de las leyes y del derecho, ya que las leyes y el derecho no son nada más que estas reglas y estos principios.

Cuando Rawls afirma que “el deseo general de justicia limita la persecución de otros fines”,²⁸ ¿a que se refiere exactamente cuando utiliza la expresión “otros fines”?

Rawls ¿“parece referirse a “la tendencia de los hombres hacia sus propios intereses”?²⁹ ¿Qué se puede hacer cuando un hombre considera más sus propios intereses que los intereses que las reglas consuetudinarias y los principios que la

²⁸ Rawls, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p.7.

²⁹ Rawls, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p.5.

justicia defiende? ¿Engañar, robar, matar? ¿De que otra forma, si no por el encantamiento de este deseo general de justicia, podría limitar el ejercicio de estos otros fines?

Tal vez mediante la amenaza de la cadena perpetua, o de las penas de muerte, pero ahí estaríamos hablando del derecho en su versión más positivista y no de los principios de la justicia social. Estos ideales de justicia defendidos por los principios tienen más que ver con la capacidad que tenemos para luchar por la libertad del prójimo con la misma determinación que lo haríamos por nuestra propia libertad. Partimos de que ya hemos experimentado la libertad y el saber o el ser capaz de imaginar el tamaño de la infelicidad que el cercenamiento injusto de ésta podría causar en el alma de alguien.

Una vez más el método recurre a la simpatía (como veremos en el capítulo IV), al proceso capaz de despertar en los hombres la satisfacción por el altruismo, eso y nada más es el encantamiento. Son las reglas de conducta y especialmente los principios de la justicia social, proporcionando todo el apoyo que el derecho limitado en sí mismo necesita.

Cuando Rawls afirma que “siendo virtudes primeras de las actividades humanas, la verdad y la justicia no están disponibles”,³⁰ ésta defendiendo la base principal de su tesis, donde la justicia dejaría de ser justa si fuera cómplice de la idea de restringir parcialmente la libertad, en favor de un bien mayor compartido por todos, dado que, siguiendo su línea de razonamiento, la verdad y la libertad, como virtudes primeras de las actividades humanas, no se contradicen y no podrían, en ningún caso, representar una amenaza al bienestar de la colectividad.

A diferencia de Rousseau, que abogaba por una limitación de la libertad para hacer posible la convivencia humana, Rawls mantiene plena confianza en la capacidad humana, al afirmar que la libertad no precisa ser limitada durante la

³⁰ Rawls, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p.4.

convivencia humana, ya que, la libertad que no contradice la verdad, no se confundiría con la falta de respeto por la libertad de los demás. Basta que la libertad de cada uno se pueda conciliar con la esfera de libertad de los demás.

Además de la innegable influencia de Rosseau y su concepto de voluntad general en la teoría de Rawls, ambos defienden la importancia de la evolución humana como un punto fundamental para el éxito de la vida en sociedad; Rousseau cuando afirma que durante la transición del Estado natural para el Estado civil, el hombre “aunque se prive, en este estado, de distintas ventajas recibidas de la naturaleza, gana otras tan grandes, sus facultades se ejercitan y desarrollan, sus ideas se extienden, sus sentimientos se ennoblecen”.³¹ Rawls afirma que “el deseo general de justicia limita la persecución de otros fines”.³²

1.3. Delitos Necesarios

Las leyes y el derecho deben actuar como instrumentos para mantener un ideal colectivo de justicia, controlando las acciones impulsivas de cada uno de sus ciudadanos, evitando que vulnere la legalidad y la justicia.

Las leyes y el derecho deben mantener básicamente el control social, garantizando a todos los ciudadanos, sin distinción de raza, credo o sexo, todas las necesidades básicas para la supervivencia de cada uno. Sin embargo, hay personas que incluso como ciudadanos reconocidos, tiene poca o ninguna garantía de sus necesidades básicas.

El gran problema es la naturalidad de todo esto, la esencialidad de estos dos elementos, derecho y justicia crean choques y por consiguiente contradicciones inherentes a la vida social. La base de nuestros instintos es fija e inmutable, pero el

³¹ ROUSSEAU, J.J. , *op. cit.* p.30.

³² Rawls, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p.5.

resto es flexible, con variaciones de comportamiento en función de sus diferentes convenciones e ideologías.

El derecho garantiza todas las necesidades básicas para la supervivencia de sus ciudadanos y, de la misma forma que este derecho limita la acción de los impulsos instintivos, garantiza que los mismos no sean acentuados. Pero no siempre es así, no por culpa de un determinado grupo político o de un gobierno en su conjunto, sino porque siempre habrá algún hambriento.

Tal vez sin ironía, podemos afirmar que el mismo derecho que detiene a quien roba, hace robar; el mismo derecho que castiga a quien mata, hace matar. El derecho limita la acción de los instintos, prohibiendo la venganza privada, prohibiendo robar y matar, pero si el mismo derecho no consigue mantener tranquilos los instintos, si de alguna forma son acentuados, el choque natural entre lo que es legal y lo que es justo resulta inevitable.

Profundizaremos en el desarrollo de este tema y plantearemos cuestiones acerca del alcance, legitimidad y aplicabilidad de las leyes, a la vez que analizaremos la aparición que vamos a denominar, de ahora en adelante, como “poder paralelo”, constituido por normas más rígidas y mucho menos flexibles que nuestras leyes.

a) La Entrevista

Basta un paseo más atento por las calles de las grandes metrópolis – principalmente en los países en desarrollo y emergentes- para percibir la existencia y la fuerza de un poder paralelo al Estado civil. Para muchas personas la “ley de la calle” resulta más imperativa que las leyes del código penal o de la Constitución Federal de su país. Para probar esta realidad, voy a exponer brevemente una entrevista que hice el 23 de abril de 2009, en la ciudad de Salvador de Bahía, en Brasil, con el señor Valdinei Pereira Braz, 42 años de edad, casado, padre de tres

hijos, cuya vida y reales necesidades se cumplen y mantienen de una manera muy diferente a la de otras personas, puesto que no recibe casi ninguna ayuda de su país (del Estado civil).

El entrevistado me informó que durante la infancia había trabajado en las calles vendiendo entre otras cosas, café, bocadillos y helados; estudió hasta el cuarto curso de enseñanza primaria y no pudo continuar estudiando, pues no le resultaba posible conciliar trabajo y estudio. Constituyó su familia a los 19 años; su primera casa propia fue construida en una tierra invadida y en este mismo período, después de un accidente de coche, se le tuvo que amputar la pierna izquierda y mitad del pie derecho, circunstancia que le acabó dejando inútil para el trabajo.

Después de las amputaciones sufridas, Valdinei me informó que hasta ese momento y desde hacía aproximadamente 16 años, ha estado tratando infructuosamente de obtener una ayuda del Gobierno Federal de su país (Brasil) y que debido a esta dura realidad, la única forma de mantener su vida y la de sus familiares es contar con la solidaridad de otras personas. Su trabajo es el de los que limpian los parabrisas de los coches que esperan detenidos a que se abra el semáforo.

Le quise saber acerca del conocimiento que tenía con respecto a sus derechos y deberes y sobre lo que significaba para él ciudadano. Valdinei entendía que ser ciudadano equivale a tener todos sus derechos, como cualquiera; es decir, tener un trabajo, un buen apartamento, una buena casa, un coche, no vivir de alquiler, poder criar a sus hijos, llevarlos a un centro comercial, a un parque, a un zoológico, pero que él no tiene tiempo ni condiciones para ello.

Sobre el conocimiento que tiene de su derecho y deberes, afirmó que conoce algunos y que sólo a los 23 años tomó conocimiento de esos pocos derechos y deberes: citó como ejemplo la ayuda que el gobierno federal destina a las personas con discapacidad física y mental. Desde hace 16 años está reivindicando este derecho sin ningún éxito.

Por dignidad de la persona humana entiende el respeto, los derechos de estar en la cola de un mercado y que la gente reconozca que tiene el derecho a ser tratado de forma preferente.

Sobre la cuestión si estaba de acuerdo o no con las leyes de nuestros padres, Valdinei demoró para contestar y reconoció que las aceptaba pero que no entendía que nadie las respeta, afirma que las leyes quedan en los papeles, a la vez que se quejaba de que las leyes no garantizan los derechos de todos.

El entrevistado comentó que el trabajo en las calles resulta muy difícil. Lo ejemplificó diciendo que él trabaja en un punto determinado, en una calle determinada y que si decidiera trabajar en otro punto, en otra calle, muy probablemente será repelido con agresiones físicas.

Me informé del porqué era tan respetado, pudiendo trabajar en el mismo punto durante tantos años. Lo atribuía a que a las personas les resultaba agradable ya que no tenía un mal carácter, no pronunciaba palabras vulgares, era una persona alegre, y que no iba con sus problemas a los otros.

La entrevista llegó a su punto crucial, cuando le pregunté si estaba de acuerdo con las leyes que nacen en las calles. Sin titubear, contestó que sin duda y me sorprendió cuando afirmó que en las calles existen sindicatos organizados, como por ejemplo los sindicatos de los alcohólicos y el sindicato de los mendigos en silla de ruedas, cada uno de ellos con sus propias normas, estableciendo lo que cada uno de sus integrantes pueden o no hacer, de qué forma deberían comportarse, prohibiendo por ejemplo a los mendigos de sillas de ruedas que consumieran bebidas alcohólicas u otras drogas mientras estuvieran trabajando.

En relación a las leyes laborales de las calles, Valdinei afirmó que las leyes de las calles son más fuertes que la ley federal, porque según él, en la calle impera la máxima de que "todo el mundo unido, jamás será vencido", y que hay leyes en las

calles que están directamente ligadas a la supervivencia, tales como la ley de "X9" o ley del soplón ", también conocida como la ley del silencio.

Intenté informarme también de si para aquellas personas que viven en las calles o que viven del trabajo en las calles, existe la posibilidad de cumplir las leyes del Estado Civil, ignorando las leyes de las calles, de las periferias, de las "favelas" o de los guetos. El entrevistado contestó que no, pues para él, las personas que viven de las calles o que viven en ellas, tiene que respetar las dos leyes, porque las leyes de las calles son más severas que las leyes del Estado Civil.

Invirtiendo los papeles, el entrevistado asumió por cuenta propia el papel de entrevistador al preguntarme se existía en las leyes del Estado Civil la previsión de alguna pena de muerte, contesté que no y él inmediatamente afirmó que en las leyes de las calles existe la pena de muerte, comentando la posibilidad de que quien viva en las calles puede ser condenado a muerte y morir quemado, después de colocar combustible en su ropa y en su cuerpo mientras duerma.

Terminé la entrevista preguntando al entrevistado qué es lo que consideraba que se podría hacer para reducir esas diferencias, aproximando estos mundos, haciendo de las leyes del Estado Civil y de las leyes de las calles, una sola ley, que en la practica fuera más igual para todos.

Valdinei afirmó que en primer lugar deberíamos combatir la desigualdad, porque para él, mientras que la clase humilde discrimina a las personas que tienen condiciones, la clase alta discrimina a las personas humildes, estigmatizándoles como 'favelados', mendigos y pordioseros. Para él eso no es cierto porque todos somos iguales y, precisamente por causa de estos prejuicios, existen esas leyes de las calles y las leyes del Estado Civil.

b) Comentarios

Durante la realización de esta entrevista, en algunos momentos era casi inevitable no recordar la expresión de Rousseau: “los hombres tales como son y las leyes tales como pueden ser”.³³ Porque demuestra la preocupación del autor sobre si existe alguna ley, algún ordenamiento legal, capaz de establecer un equilibrio entre lo que nuestros intereses necesitan y lo que el derecho, como representante de la justicia hace posible, cumpliendo quién sabe la ardua tarea de apaciguar nuestros instintos.

Esta preocupación del autor, sólo demuestra toda su genialidad, ya que, incluso habiendo vivido tres siglos antes de la difusión del psicoanálisis, ya preveía toda la complejidad de la mente humana y, todas las limitaciones del derecho como forma legítima de control social.

Leyes desconocidas que dictan el comportamiento de quien vive en las calles, una realidad ignorada por gran parte de la sociedad, algo de lo que no oímos hablar en las escuelas, o universidades. ¿No es absurdo todo eso? ¿De que tipo de locura estamos tratando? ¿Leyes desconocidas, tan fuertes como las leyes del Estado Civil?

Éstas son algunas de las preguntas que muchos se harán al leer al menos algunas de las frases de esta Tesina -que tal vez estén considerando también a estas alturas como absurdas-. Dirán que esas tales leyes de las calles, de las ‘favelas’, guetos y periferias, no son leyes, son en realidad normas derivadas de la criminalidad cada vez más organizada y que, por tanto, deben ser combatidas rigurosamente por el Estado, soberano y legítimo.

³³ Me propongo investigar si dentro de la esfera del orden civil, y considerando los hombres tal cual ellos son y las leyes tal cual pueden ser, existe alguna fórmula de administración legítima y permanente. Trataré para ello de mantener en armonía constante, en este estudio, lo que el derecho permite con lo que el interés prescribe, a fin de que la justicia y la utilidad no resulten divorciadas. (Rousseau, 1996, *op.cit.*, p.7)

Tal vez sólo podamos realmente mejorar las leyes de este Estado soberano y legítimo, si admitimos la existencia de leyes paralelas y, sin embargo, legítimas.

Todo gran animal tiene su propio parásito, que además de parasitarlo, lo ayuda a mantenerse limpio y alejado de algunas plagas. Con el Estado no es diferente, la corrupción de quienes crean tales leyes del Estado civil, va de la mano con la criminalidad, que a su vez contribuye a la regulación, puesto que quien regula y lucha contra la mayoría de los crímenes, no es sólo la policía, sino la propia criminalidad organizada. Estamos discutiendo una realidad que no enorgullece a nadie, pero que lamentablemente es la manera por la cual la mayoría de las sociedades se mantiene.

Valdinei Pereira Braz es una de las muchas personas, que independientemente de las opiniones de los más conservadores o de los más modernos, tiene que vivir respetando estas dos realidades mencionadas.

En algunos partes de la entrevista, Valdinei deja muy claro, que es imposible respetar sólo uno de los dos lados, es decir, existen leyes oficiales y no oficiales, leyes del Estado civil y leyes de las calles y, para garantizar su supervivencia, tiene que actuar con mucha cautela para no faltar al respeto a ninguna de las dos leyes.

¿Cuánto tiempo precisan los delincuentes para organizarse? ¿De cuánto tiempo omiso, el Estado civil necesita para permitir que la criminalidad se organice? Por mucho que reconozcamos o no la legitimidad de las leyes de las calles, tenemos que admitir que existen, admitir que la actual estructura de control social, en la mayoría de los países, ayuda a mantener y hasta aumentar las evidentes diferencias sociales entre los ciudadanos de un mismo país.

En este contexto social, todo parte de la premisa de que nuestros gobernantes no están prestando la atención que deberían dar al cumplimiento de los principios de la ley, las leyes que sostienen la base de cualquier Estado. Atender a las necesidades

básicas de los ciudadanos es el punto fundamental del Contrato Social, es lo que lo legitima.

El derecho precisa ser legítimo, sin embargo, que sea indiscutible e incuestionable, es un error. La búsqueda constante por el equilibrio también implica la reestructuración de nuestras leyes, sus intereses y objetivos. El derecho actúan como un controlador de los deseos humanos, prohibiendo robos y hurtos, pero garantizando el mantenimiento de la vida, las condiciones básicas de supervivencia.

El derecho legitimado actúa como un instrumento de la justicia, como sabedor y controlador de los impulsos humanos. De esta forma cada integrante de la sociedad tiene garantizada su dignidad, sus instintos son controlados y el comportamiento social comienza a ser casi instantáneo.

El problema surge cuando al ciudadano no se le aseguran estos requisitos, apareciendo entonces una inevitable regresión al estado natural, es decir, se revive la lucha por la supervivencia a través de la aplicación simplificada de los instintos y, sin duda, surgirán los conflictos, como en el caso de los que no tienen nada para comer, no tienen posibilidad de estudiar, están sin trabajo, etc.

Todo eso está intrínsecamente ligado al cuerpo social y se hace muy difícil cuando este tipo de problema toma proporciones anormales, hasta el punto de generar lo que muchos estudiosos han calificado como Estado o poder paralelo; resulta inadmisibles que no exista en el derecho este tipo de previsión y que los legisladores ni siquiera se percaten de esta contradicción.

Basándome en la fábula descrita, los que antes eran animales y ahora son ciudadanos, primero se acostumbran al nuevo comportamiento social y después se olvidan de cómo este nuevo comportamiento fue generado, con qué fines y con qué tipo de garantías, comienzan entonces a vivir por ósmosis, las leyes, las convenciones

entendidas como fuentes originales, como si fueran principios innatos y fruto de un pacto social.

Esta alienación es un cáncer social, porque sin este entendimiento, el derecho como un todo original, innato e incuestionable, continuará creando y castigando a sus ladrones, creando y castigando a sus asesinos, creando y castigando a sus ciudadanos.³⁴

1.4. Recurriendo a J. Locke: algunas razones, un par de ideologías y dos mundos

Dicen los más viejos que cuando no sabemos de lo que hablar, lo mejor es no hablar de nada, porque tal vez podamos apreciar mejor que existen comportamientos y relaciones humanas difíciles de explicar, como es el caso de una buena parte de comportamientos previstos en nuestras exiguas leyes.

En el cuarto y último capítulo de esta Tesina, especialmente en el epígrafe de “Todo o Nada”, nos ocuparemos de la necesidad de no ignorar las grandes contribuciones que autores supuestamente contrarios a nuestras convicciones ideológicas, prestaron al mundo y obviamente a nosotros mismos. Locke, por ejemplo, bien conocido como un defensor de la libertad, del individualismo y de la propiedad que en un primer momento podría alejarse del encantamiento defendido en este trabajo, sin embargo se aproxima. En la defensa de la libertad, de la individualidad y de la propiedad, Locke, sorprendentemente, defiende ideas muy similares a la nuestras.

³⁴ Todo hombre nacido en la esclavitud nace para la esclavitud: nada es más cierto. Los esclavos pierden todo en sus cadenas, hasta el deseo de deshacerse de ellas; aman la servidumbre como los compañeros de Ulises amaban su propio embrutecimiento. Se hay, pues, esclavos por naturaleza, es porque hubo esclavos contra la naturaleza. La fuerza hizo los primeros esclavos, su cobardía les perpetuó (Rousseau, *op. cit.*, 1996, p. 11)

Como sabemos, niega la existencia de principios innatos. Al defender al hombre como un fruto de sus propias facultades mentales, negando los principios innatos y afirmando que los ladrones actúan en conformidad a las leyes derivadas de la convivencia obligatoria de las comunidades donde habitan,³⁵ este autor refuerza en gran medida la idea de dos mundos, como tendremos ocasión de exponer a partir del capítulo II, cuando nos ocupemos de la razón humana desde la perspectiva de Marilena Chauí y de Immanuel Kant.

Locke nos aconseja no perder tiempo con lo que nuestro conocimiento limitado no puede alcanzar, afirmando que no tendremos motivos para la tristeza si nos dedicamos a mejorar y ampliar nuestro conocimiento sobre lo que somos capaces de hacer.³⁶

Por consiguiente, sólo podemos conocer cuáles son estas cosas inalcanzables por el conocimiento humano. ¿Serían las mismas cosas que la física cuántica viene explicando? ¿Serían las relaciones homosexuales? ¿Las enfermedades aún incurables que se presentan como castigo? ¿El hado de sociedades desgraciadas por razones tan diversas? ¿O sería la presencia de Dios? Parece que para todas o casi todas estas cosas, nos quedan según Locke, la simple satisfacción de las probabilidades.³⁷

Las ideas pueden ser complejas hasta el punto de suscitar en nosotros la duda sobre la capacidad de poder o no descifrarla. La unión de ideas simples pueden generar una o más ideas complejas, sin embargo, debe considerarse que una idea simple puede ser tan simple hasta el punto de no ser comprendida y por eso ser considerada extremadamente compleja.³⁸

³⁵ LOCKE, John. *Carta acerca da tolerancia; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p.156.

³⁶ LOCKE, John. *Carta acerca da tolerancia; Segundo tratado sobre o governo; cit.* p. 146 – 147.

³⁷ LOCKE, John. *Carta acerca da tolerancia; Segundo tratado sobre o governo; cit.* p. 147.

³⁸ LOCKE, John. *Carta acerca da tolerancia; Segundo tratado sobre o governo; cit.* p. 170.

¿Cuántas veces nos parece más fácil crear textos vastos y rebuscados, para no tener que decir “te quiero”? ¿Cuántas veces negar un abrazo parece ser más fácil que abrazar?

El hecho de que Locke niegue la existencia de principios innatos en la mente, refuerza aún más nuestro argumento, ya que, según Locke “Los hombres, simplemente por el uso de sus facultades naturales, pueden adquirir todo conocimiento que poseen sin la ayuda de ninguna impresión innata y pueden alcanzar la seguridad sin ningún tipo de ideas o principios originales”.³⁹ Desde este punto de vista, el hombre “parece tener más libertad” para formar su propia razón, para establecer su propias verdades.

Supongamos entonces que el ser humano sin la influencia de las nociones primarias, recibidas por el alma y traídas consigo desde la concepción de la vida,⁴⁰ utiliza sus sentimientos para empezar a llenar lo que aún no está lleno, dando condiciones a la mente a través de las experiencias, de adoptar ideas y conocimientos experimentados y admitidos, apareciendo desde entonces la memoria, las primeras nociones de verdad y de la razón.⁴¹

No es difícil creer que tengamos nociones primarias tan semejantes hasta el punto de que parezcan innatas e idénticas, porque todos poseemos instintos innatos, porque todos tenemos sed, hambre e ira.

Por el hecho de que poseemos instintos innatos, al confrontarlos desde muy temprano con las realidades sociales, creamos nociones primarias de mundo, como si fueran un esbozo de las primeras verdades adquiridas y no innatas, a pesar de ser tan similares en el mundo.

³⁹ LOCKE, John. *Carta acerca da tolerancia; Segundo tratado sobre o governo; cit.* p. 151.

⁴⁰ LOCKE, John. *Carta acerca da tolerancia; Segundo tratado sobre o governo; cit.* p. 151.

⁴¹ LOCKE, John. *Carta acerca da tolerancia; Segundo tratado sobre o governo; cit.* p. 154.

Sin embargo, conviene destacar que tales nociones primarias no son innatas y se condensan en el contacto inicial de nuestros instintos con las experiencias de la vida sin, por tanto, crear principios idénticos entre todos los seres humanos de cualquier rincón del mundo. Porque para Locke “La fe y la justicia no son comprendidas por todos los hombres como principios”.⁴²

Incluso bajo la influencia de los instintos innatos y de las nociones primarias muy similares, los seres humanos crean razones completamente distintas entre sí, a la vez que puedan existir en una misma ciudad, en un mismo lugar, dos ideologías sociales imperativas, como la ideología de los que viven en la calle y en las ‘favelas’ y la ideología de las demás clases de aquel lugar.

En consonancia con el pensamiento del propio Locke, los ladrones actúan en conformidad con las leyes derivadas de la convivencia imperativa de las comunidades donde viven, utilizando la honestidad como una norma de conducta entre los compañeros de asalto.⁴³ Locke también sostiene que la virtud proviene de lo que es útil, de la gran variedad de opiniones sobre las normas morales, sociales y de acuerdo a la realidad social de cada persona y que cada persona determina como felicidad que debe alcanzarse.⁴⁴

Los primeros incuestionables principios ¿Serán todos iguales, o, factores como las diferentes regiones, culturas y experiencias influirán en sus conocimiento? Por mucho que algunas culturas y, por consiguiente, algunas razones parezcan y, sólo parezcan absurdas, aún así siguen siendo culturas y razones no menos concluyentes que las nuestras.⁴⁵

Aunque nuestros principios se funden en las experiencias diarias, aunque estos principios sean fruto de la unión de varias verdades admitidas como plenas y

⁴² LOCKE, John. *Carta acerca da tolerancia; Segundo tratado sobre o governo; cit.* p. 156.

⁴³ LOCKE, John. *Carta acerca da tolerancia; Segundo tratado sobre o governo; cit.* p.156.

⁴⁴ LOCKE, John. *Carta acerca da tolerancia; Segundo tratado sobre o governo; cit.* p. 157.

⁴⁵ LOCKE, John. *Carta acerca da tolerancia; Segundo tratado sobre o governo; cit.* p. 158.

por tanto la base de nuestras razones, aún así tales principios precisan ser revisados, porque ni las verdades, ni los principios y, por consiguiente, las razones pueden ser absolutas e incuestionables.⁴⁶

1.5. ¿Por qué Derechos Humanos?

¿Cuál es la noción real que tenemos de libertad, igualdad, garantía y dignidad humana? La realidad de estos conceptos, en la práctica no se resumen a lo cotidiano limitado de casa para el trabajo, del trabajo para casa y de casa para cualquier otro lugar donde los inmensos muros y otros elementos de garantía traten de separarnos del mundo”.

Tal vez para quien viva en lugares casi separados del mundo, el mantenimiento de la libertad, igualdad y fraternidad se realice totalmente por las leyes y por quienes las crean y operan. Principalmente cuando alguno de estos lugares casi aislados es invadido por el resto del mundo, se combate y se reprime en aras de la garantía casi privativa de algunos pocos.

Los conceptos de libertad, igualdad y garantía, son los mismos para las diversas realidades, sin embargo, las formas en que se consigan y mantengan son muy diferentes. La importancia y la valorización de la dignidad humana sólo es ampliamente admitida en el mundo de las clases media y rica, ya que, en las periferias y en los guetos de las grandes ciudades este tipo de valor pasa desapercibido.⁴⁷

Nos adherimos a las teorías expuestas por el Filósofo francés Michel Villey, en su obra, *El derecho y los derechos humanos*, e interpretaremos los derechos humanos con una perspectiva más que necesaria de la época moderna.

⁴⁶ LOCKE, John. *Carta acerca de la tolerancia; Segundo tratado sobre el gobierno*; cit. p. 159.

⁴⁷ Vid. BELLOSO MARTÍN, Nuria, y Marli MARLENE MORAES DA COSTA, *Diálogos jurídicos Brasil-Espanha: da exclusão social aos direitos sociais. Algumas estratégias de políticas públicas*, Porto Alegre, Livreria imprensa Livre, 2008.

Desde el despertar de la burguesía y la decadencia del feudalismo, esta nueva estructura del gobierno y de la economía empieza a tomar fuerza en el ámbito mercantilista. Posteriormente, echará las raíces profundas con el capitalismo y con la búsqueda del progreso. El progreso desenfrenado representó y representa todas las voluntades del pueblo reprimidas desde el feudalismo.

Durante el siglo de las luces, los hombres evocan todo racionalismo, característico de los nuevos tiempos, y según Villey, de la esperanza que el mundo depositó “en la gran máquina estatal diseñada por Hobbes - el Dios terrestre, Leviatán”.⁴⁸ Desde entonces el Estado comienza a controlar y a dictar mediante sus leyes, todo orden jurídico. Es la aparición del positivismo jurídico, del derecho objetivo y de sus consecuentes limitaciones.⁴⁹

a) Un antídoto

Imaginamos muchas sociedades ahorcándose en sus propias libertades. Estas sociedades buscan en tales libertades, representadas por la racionalidad de los tiempos modernos, del capitalismo liberal, del positivismo jurídico, del derecho objetivo, la cura para los asentamientos profundos producidos desde tiempos muy antiguos. Las libertades y sus mecanismos provocaron heridas. El progreso desenfrenado de quien no estaba acostumbrado a tantas libertades, engendró desigualdades en las diferentes sociedades.

El derecho estuvo siempre ligado al ideal de justicia, incluso después de romper con la justicia, aún legítima. Este conjunto de leyes creadas por el Estado, como garantía de los altos ideales de justicia, a menudo invalida estos mismos ideales. Es sólo el derecho objetivo, que como afirma Villey, aunque aumentado por otras fuentes como las costumbres, la jurisprudencia y la equidad, pero que sigue

⁴⁸ Villey, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 2

⁴⁹ Villey, Michel. *Ibidem*.

siendo insuficiente.⁵⁰ Villey no cree en los derechos humanos: son como la moneda antes de la inflación. De tan ambiciosos y pretenciosos en sus demandas, quedan después vacías.

Incluso después de separarse de la justicia, el derecho ¿sigue actuando como si nos estuviese representando a nosotros mismos, simples mortales, a obedecer como de costumbre? Tal vez este marco es el que hizo posible que algunas sociedades permitieran acontecimientos como el Holocausto, guerras mundiales o guerras civiles genocidas.

Por esta razón, Villey, defiende que “nuestro derecho se burla y se aleja de la justicia”,⁵¹ sostiene que “cualquier exceso genera su opuesto. No podría resignarse a la instalación del “mejor de los mundos” ni conformarse con el “derecho tal como es”. El positivismo jurídico necesita un antídoto”,⁵² como “nuestra única esperanza de arrancar el derecho de la esclerosis y el único instrumento de su progreso”.⁵³

⁵⁰ “En el gran público, el adjetivo, peyorativo, “jurídico” evoca normalmente el apego literal y servil a los textos. Esa idea del derecho deriva, en línea recta, de la filosofía hobbesiana del *Contrato social* asumida y transformada por Locke, Rousseau y Kant, y que la Revolución Francesa consagrará. Pero no se cumple. A partir de entonces, el positivismo *científico* socavó las bases de esa teoría. Los juristas se ocuparon de cultivar el derecho “tal como es”: y el derecho tal como existe de hecho está lejos de ser conforme a las leyes. Los juristas se vieron obligados a añadir otras fuentes: la Costumbre - y cada vez más la jurisprudencia, tal como es de hecho (alejándose de las leyes) o como tendería a quedarse - los “Principios generales del derecho” - la Equidad, la Naturaleza de las cosas -, los mandamientos de la Razón o de la Justicia”. (Villey, Michel, 2007, *op.cit.*, p.21).

Nuestro derecho se burla y se aleja de la justicia. La ciencia jurídica se atribuyó la tarea de describir la *law as it is*, el derecho tal como existe de hecho (que, además, nada significa). Su papel fue legitimar, bajo el capitalismo liberal, excesivas desigualdades, que se perpetúan en numerosas regiones del globo, y, diferentemente acentuado conforme a los países y a las épocas, la sujeción al poder. (Villey, 2007, p. 3).

⁵² Villey, Michel, *op.cit.*, p.7

⁵³ Villey, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 4

b) Un antídoto, para el antídoto

Las tendencias sociales se rigen, como las tendencias humanas. ¿Qué hace que algunos seres sean más evolucionados que otros? No podríamos creer que la solidaridad suscite en todos los seres el mismo tipo de sentimiento.

Para muchas personas la solidaridad funciona como una imposición, como un principio que el Estado defiende pero sin dar ejemplo, como un instrumento que el Estado adopta con la intención de que se le ayude en sus funciones que no desempeña correctamente.

No es que afirmemos que la solidaridad no sea una vocación natural e inherente del ser humano, pero entendemos que este sentimiento no nace con los hombres, como nacen los instintos que despiertan el hambre y la ira.

Consideramos que la solidaridad pertenece a la naturaleza humana, porque la naturaleza humana proporciona condiciones intelectuales y espirituales más que suficientes para que se alcance la solidaridad como una sensación agradable y no como un deber social desarticulado.

Llegamos así a un control social desarmado, lo que refleja un positivismo mediocre para la comprensión y el respeto de la gente mediocre. Es evidente que este mecanismo sólo por el hecho de ser sólo mecanicista es erróneo y obsoleto, creando las condiciones inagotables para la desigualdad, para la venta de servicios de protección, de mayor protección o para vender un *kit* avanzado de protección.⁵⁴

Surgen entonces las llamadas lagunas legales, que no son más que derechos y deberes, especialmente obligaciones legales que el positivismo, por su limitado alcance no consiguió determinar.

⁵⁴ Nozick, Robert. *Anarquía, estado y utopía*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda, 1991. p. 28.

No se pretende aquí que el contrato social se reformule siguiendo los principios de las enseñanzas de Gandy o del Dalai Cieno, por que éste sería otro error brutal, ya que el contrato social es el reflejo de la voluntad añadida de todos nosotros, por tanto crear un contrato social de la noche a la mañana sería impracticable e imponerlo sería una tragedia.

Lo que defendemos es “olvidar” el contrato que ya existe, recordar que podemos actuar independientemente de él,⁵⁵ tratando de difundir de manera silenciosa las ideas de la evolución espiritual, de los valores inmateriales incalculables.

Cuántas cosas han sido y son determinadas por nuestro positivismo, convirtiéndose prácticamente en letra muerta, en determinaciones que están a años luz de la realidad social cotidiana. Es como creer que el principio de la igualdad, tan defendido en los primeros artículos de las Constituciones, es totalmente respetado e incluso, admirado por todos.⁵⁶ La igualdad de oportunidad no se logra intentando convencer a los que tiene más que deben dar a los que tienen menos.⁵⁷

Tener un derecho a una vivienda, a un medio de locomoción moderno que satisfaga las necesidades actitudes, resulta una reclamación comprensible. Distinta es la búsqueda desenfrenada de la acumulación de riqueza por parte de quienes ya disponen de varios coches, varias casas, etc.

No tratamos aquí acerca de la propiedad a la que se refirió J. J. Rousseau o J. Locke en sus respectivas obras. Queremos dejar constancia de una sociedad mal organizada, donde el hombre continúa siendo un lobo para el propio hombre, mientras parece no haber adquirido ningún otro valor, lo que hace los instintos más primitivos, preocupado por acumular tanta riqueza como sea posible para garantizar la vida.

⁵⁵Nozick, Robert. *Anarquía, estado y utopía*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda, 1991. p. 29.

⁵⁶Nozick, Robert. *Anarquía, estado y utopía*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda, 1991. p. 257.

⁵⁷Nozick, Robert. *Anarquía, estado y utopía*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda, 1991. p. 259.

La respuesta está en no trabar una guerra contra el entendimiento ideológicamente correcto de la propiedad, protegido por una antigua estructura de derechos individuales. De ahí el escepticismo de Robert Nozick cuando apunta: “Ningún derecho existe en conflicto con esta infraestructura de derechos particulares. Dado que ningún derecho elegantemente definido para alcanzar una meta evitará la incompatibilidad con esa infraestructura, ninguno de esos derechos existe. Los derechos particulares rellenan todo el espacio de los derechos, no dejando oportunidades para los derechos generales de ser en algunas circunstancias materiales”.⁵⁸

Vamos a centrarnos en la condición humana, que para el pesimismo provocativo de Nozick es el mayor obstáculo para alcanzar cualquier Estado más amplio que el Estado mínimo. No desarrollaremos un Estado más avanzado que el Estado mínimo de Nozick, si no fuera a través de los ideales que van más allá de la grave y limitada condición humana.

Las personas pueden estar más que satisfechas con esta calidad social de felicidad y tristeza, de abundancia de comida y bebida, de riquezas acumuladas o por cualquier otra actitud que demuestre cualquier desequilibrio emocional, a menudo perceptibles, pero incomprensibles.

¿Cuánta comida, bebida, joyas, sexo, ambición precisamos para calmar un vacío que sentimos aun sin saber exactamente qué es? ¿Por qué a veces, programas tan simples, nos satisfacen inmensamente más que lo que gastamos en una noche y que los pobres gastarían en un mes?

Falta a nuestras vidas lo que intentamos compensar de forma desesperada, apegándonos a cualquier bien material. Si nuestra filosofía “occidental” hubiese heredado mucho más sabiduría espiritual de los orientales, quién sabe si tal vez

⁵⁸ Nozick, Robert, *op.cit.*,p.262.

tendríamos otra idea de Estado utópico, más allá de lo que imaginamos hoy como utópico.

No quiero dar a entender con esta afirmación que los orientales no tengan los mismos problemas, incluso porque el número de suicidios también es alarmante en Tokio. Consideramos que las diferencias deberían mezclarse de manera natural, nada frustrante, como norteamericanos y europeos que pagan sus angustias en la carne de las mujeres en Taiwan, Europa del Este y Brasil.

Continuamos afirmando, ahora apoyado por el optimismo también provocativo de Nozick, que en nuestras propias comunidades, “no estatales” debemos fantasear las diferentes posibilidades de vivir, libres de las opresiones dictatoriales o del metodismo científico que las aprisiona.⁵⁹

⁵⁹ Vivimos en comunidades particulares. Es aquí donde nuestra visión no imperialista de la sociedad ideal y buena se debe de proponer y llevar a cabo. Para ello se necesita una estructura. Sin esa planificación fomentando la creación de comunidades privadas, con características particulares, la estructura carecerá de vida. Asociada a las visiones particulares de muchas personas, nos permitirá lograr el mejor de todos los mundos posibles (Cfr. Nozick, Robert. *Anarquía, estado y utopía*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda, 1991. p. 356).

II CAPITULO BASES DOCTRINALES

2.1. ¿Y qué es la razón?

a) Por Marilena Chauí

Identificar la razón con la seguridad, la verdad, la racionalidad de nuestras acciones, a partir de la realidad que vivimos, será un factor decisivo para la determinación del tipo de razón a la que llegaremos. Todo ello fortalece la idea de que las razones son siempre diferentes y, que dependiendo del contexto social en que vivimos las razones pueden ser absurdamente diferentes unas de las otras.

El término razón, deriva de la palabra latina “ratio” y de la palabra griega “logos”, y quiere decir: razonar, hablar, discutir, contar, argumentar, reunir, medir, ordenar, separar, calcular. Entendemos la razón como la necesidad que tenemos de organizar nuestra realidad, de apartar la locura, de entender y hacerse entender por la razón colectiva, por la razón social.⁶⁰

Los principios racionales de la identidad, de la no contradicción, del tercero – excluido y, de la razón suficiente son instrumentos de la razón que nos permiten entender la realidad a partir de lo que la propia realidad nos presenta.

Son estos los principios que garantizan la racionalidad de nuestra realidad, aunque para muchos el delito sea más que racionalmente justificable y sea racionalmente la verdad.⁶¹

⁶⁰ SOUSA CHAUI, Marilena de. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2000. p. 71.

⁶¹ SOUSA CHAUI, Marilena de. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2000. p. 72 – 73.

El principio racional de la identidad establece definiciones para las cosas con el fin de conocerlas; el principio de la no contradicción afirma que definida y conocida una cosa, ésta no se contradice para no dejar de existir; el principio del tercero – excluido nos condiciona a la hora de escoger una de las alternativas, convirtiendo algo en cierto o erróneo; el principio de la razón suficiente, defiende la consecuencia, haciéndonos reflexionar sobre los desarrollos de nuestras acciones, justificando los acontecimientos. Podríamos concluir erróneamente, que estos principios también sirven para afirmar que dentro de sus inherencias y de sus desarrollos sistemáticos, las personas que viven en un mismo país, bajo las mismas influencias culturales y supuestamente gozando de los mismos derechos y deberes, tiene razones muy similares.

Las personas que viven en áreas situadas en los márgenes de las garantías legales, tienen un desarrollo intelectual diferenciado de los que viven en las demás áreas privilegiadas. Por tanto, no debemos equiparar la formulación de las conciencias de las personas con realidades tan diferentes. Estas personas que viven en los márgenes de las garantías legales, no deberían siquiera ser consideradas ciudadanos, porque no tiene acceso a una educación de calidad, porque son bienes de tratamiento diferenciado por parte del Estado.

Resulta comprensible que estas personas marginadas tengan los instintos más en la superficie, actuando más impulsivamente, teniendo casi una predisposición a la agresividad y la consiguiente comisión de crímenes. Esta predisposición a la agresividad, aunque parezca absurda, se pone de manifiesto todos los días en las áreas menos asistidas de las grandes ciudades, donde muchos delitos se cometen por motivos fútiles, banales.

El desarrollo sistemático de los principios de identidad, de la no contradicción, del tercero excluido y su consecuente razón suficiente o causal, sólo deben considerarse para la explicación de los fenómenos macroscópicos. Pues bien, según Marilena Chauí, con la limitación de los principios del tercero excluido y de la

razón suficiente a los fenómenos macroscópicos, surge entonces el principio de la indeterminación, impulsado por los hallazgos de la física de la luz u óptica, de la física cuántica.⁶²

Válido para los fenómenos en escala hiper microscópica, el principio de la indeterminación hace obligatorio el análisis minucioso del objeto de estudio, de los pre-conceptos y conceptos que se le atribuyen y, la determinación social positiva o negativa que estos conceptos y pre-conceptos imponen al objeto definido.

En resumen, el principio de la indeterminación nos lleva a profundizar en otros conocimientos y nuevas posibilidades, como por ejemplo el reconocimiento de otras culturas muy distintas a las nuestras y no por ello menos evolucionadas como se creía, tal como el reconocimiento de realidades muy diferentes dentro de un mismo país.

El principio de la indeterminación nos permite identificar nuevos patrones sociales, permite sin prejuicios y con un análisis más profundo de los comportamientos sociales, que observemos como el derecho y las leyes no dan un tratamiento igual para todos, que el derecho y las leyes continúan actuando legítimamente incluso cuando no representan y no defienden los ideales de justicia.

En un extracto de la fábula, se observa que con el tiempo la nueva estructura se consolida y lo que en un principio estaba siempre presente, pasa a ser olvidada, funcionando alienadamente, sin controversias. Como un pájaro, que al acostumbrarse a la jaula y a los hábitos diarios, no vuela incluso cuando se le ofrece la libertad, no vuela incluso cuando la puerta de la jaula está abierta.

Muchas libertades se nos presentan en la vida, pero la mayoría de las veces no somos capaces de abrazarlas, no por despreciar la libertad sino por no identificarla. Nuestra razón no deja de ser razón cuando es alienada.

⁶² SOUSA CHAUI, Marilena de. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2000. pp 74 – 75.

Entender al menos cómo la actividad mínimamente racional es procesada, nos permite crear las condiciones para que podamos estar de acuerdo o en desacuerdo con la posibilidad de tener realidades y por consiguiente razones muy diferentes dentro de un mismo Estado soberano, hasta el punto de poner en duda la legitimidad del derecho y de las leyes de este Estado.

Por tanto, conviene saber que la actividad racional se divide en dos modalidades: la intuición o razón intuitiva y, el razonamiento o razón discursiva. La razón discursiva, analiza la realidad presentada, comprendiendo la cosa analizada sólo después de varios actos de conocimiento. Ya la razón intuitiva, no requiere un análisis y más análisis de la realidad para comprender la cosa pretendida, ya que, sólo al visualizar o sentir el objeto, inmediatamente lo identificamos.⁶³

Dando continuidad a la manera en que se procesa nuestra razón, la razón intuitiva se divide en dos tipos: La razón intuitiva sensible o empírica y la razón intuitiva intelectual. La razón intuitiva intelectual se procesa en cada momento de nuestras vidas, por lo general en la percepción visual inmediata de los objetos cotidianos; la razón intuitiva sensible es también inmediata, sin embargo, psicológica, es decir, es una especie de intuición ligada a las cualidades sensibles de los objetos y de la particularidad, individualidad de nuestro estado mental, emocional. Son precisamente estas sensibilidades las que nos permiten identificar colores, olores, sabores y texturas, que nos remitirán a recuerdos, deseos, sentimientos e imágenes.⁶⁴

Según Chauí, “La intuición puede ser el punto de llegada, la conclusión de un proceso de conocimiento, y puede también ser el punto de partida de un proceso cognoscitivo. El proceso de conocimiento, ya sea lo que llega a una intuición, o lo que parte de ella, constituye la razón discursiva o el razonamiento”.⁶⁵

⁶³ SOUSA CHAUI, Marilena de. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2000. p. 77.

⁶⁴ SOUSA CHAUI, Marilena de. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2000. p. 78.

⁶⁵ SOUSA CHAUI, Marilena de, *op.cit.*, p.80.

¿Cómo criticar negativamente la existencia de razones y de distintas ideologías dentro de un Estado soberano, cuándo no sabemos lo que es la razón y cómo se puede alcanzar? ¿Cómo desarrollar una tesis de derecho, que cuestiona leyes que rigen los comportamientos humanos y sociales, escribiendo sólo sobre la base del derecho y sobre la base de lo que se está cuestionando?

La actividad racional se ha subdividido teóricamente para facilitar nuestro entendimiento. En un primer momento esta actividad racional se ha dividido en, 1) razón intuitiva y 2) razón discursiva. La razón intuitiva, se ha subdividido en: a) empírica y b) intelectual, de una manera más simplificada, está ligada a la identificación inmediata de las cosas, ya sea de manera intelectual, identificando bienes como casas, coches o vasos, ya sea de manera empírica, identificando las cualidades sensibles de los objetos, como colores, olores o texturas.

La razón discursiva utiliza todos los hallazgos previos de la razón intuitiva, de una forma más compleja, haciendo la evaluación de una realidad y no específicamente de una cosa, o, incluso cuando evalúa una cosa, no se limita a las características simples ya identificadas por la razón intuitiva.

Un ejemplo del cálculo realizado por la razón discursiva es el análisis de un conjunto de objetos que puede representarse como la unión de objetos que componen un despacho, una panadería o incluso un sofá.⁶⁶

Este conocimiento minimizado sobre cómo desarrollamos nuestra actividad racional, nos permite entender que descuidamos los contrastes que dividen las diferentes realidades de un mismo Estado, de un mismo país.

Consideramos el desarrollo racional de los que viven en un lugar sin ninguna infraestructura, sin servicios sanitarios, sin una red de agua potable, sin un núcleo familiar que lo ayude a evolucionar, sin instituciones de educación decentes que les

⁶⁶ SOUSA CHAUI, Marilena de. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2000. p. 80

transmitan los conocimientos necesarios para la formación de la ciudadanía, un lugar donde los delincuentes y la policía se disputan el poder en igualdad de condiciones.

Después de considerar esta realidad, se debe comparar con la realidad de quien nació y se desarrolló en lugares completamente diferentes, con las ayudas familiares y del Estado, con todas las condiciones mínimas físicas y emocionales que precisa para desarrollarse.

Admitiendo la existencia de realidades tan diferentes, conviene tener presente que en estas áreas carentes de garantías legales, tanto las razones intuitiva intelectual e intuitiva empírica, como la razón discursiva, observarán objetos y absorberán cualidades sensibles distintas y a menudo inadmisibles para los demás ciudadanos.⁶⁷

Después de realizar varias intuiciones intelectuales y empíricas, la razón discursiva, es decir, el razonamiento, además de hacer una lectura compleja de estas intuiciones, aún es capaz de identificar generalidades y universalidades pertenecientes a estas intuiciones y al tipo de realidad que han creado.

Es a partir de aquí donde comienzan a desarrollarse los actos intelectuales a través de pruebas y demostraciones de la verdad de las generalidades, universalidades y no de la individualidad psicológica del sujeto y singularidad del objeto.

Incluso antes de cuestionar el porqué de este análisis secuencial de autores como Rousseau, Locke, Nozick, Rawls, Chauí y Kant, es preciso que entendemos el desarrollo concatenado de estas ideas que intentan demostrar las incongruencias de nuestro positivismo jurídico y, por tanto, convenimos que demostrar las incongruencias del positivismo jurídico, utilizando el propio positivismo jurídico, sería muy interesante, pero no tan didáctico. A ello hay que añadir que la mayoría de

⁶⁷ “Cuando, sin embargo, un razonamiento se realiza en condiciones tales que la individualidad psicológica del sujeto y la singularidad del objeto son sustituidas por criterios de generalidad y universalidad, tenemos la deducción, la inducción y la abducción (SOUSA, CHAUI, Marilena de, *op. cit.*, p.81).

estos temas, se refieren a la filosofía del derecho, sociología del derecho y la psicología jurídica.

b) Por Immanuel Kant

Según el pensamiento de Kant en uno de sus obras, *Crítica de la razón pura*, el conocimiento que adquirimos tiene como punto de partida las experiencias que acumulamos, porque la relación que tenemos con todas las cosas y objetos, provocan nuestros sentidos, despertando nuestra capacidad de conocer, de organizar informaciones, de confrontarlas, de razonar.⁶⁸

Para Kant el conocimiento adquirido de forma independiente de la experiencia y de todas las impresiones de los sentidos es un conocimiento “a priori”.⁶⁹ Afirmaba que el conocimiento adquirido por la experiencia no representa una universalidad verdadera y rigurosa, sino una universalidad supuesta y comparativa.⁷⁰

En resumen, con lo que hasta ahora hemos venido recordando de la teoría kantiana, se puede comprender que el Estado mínimo de Nozick sea nuestra única y cruel realidad.

Siguiendo esta línea de razonamiento, conviene que transcribamos una pequeña parte del texto de Kant, donde en sincronía con la ideología Marxista afirma: “La universalidad empírica es, así, una extensión arbitraria de la validez, en que se transfiere para la totalidad de los casos la validez de la mayoría”.⁷¹

Las doctrinas de Kant, nos presenta “la realidad de los principios puros a priori en nuestro conocimiento, ya que, sin los cuales sería imposible la posibilidad

⁶⁸ Kant, Immanuel. *Crítica da razão pura. Ibidem.*

⁶⁹ Kant, Immanuel. *Crítica da razão pura.* p. 37.

⁷⁰ Kant, Immanuel. *Crítica da razão pura.* p. 38.

⁷¹ KANT, Inmanuel, *Crítica da razão pura*, p.38.

de la propia experiencia”,⁷² el conocimiento a priori, la razón pura y la realidad trascendental y en encontrar el punto de partida más primitivo, como si el Estado más idealmente utópico fuera más “primitivo” que el Estado ultramínimo de Nozick.

Según Kant, nuestra razón tiende a compartimentar previamente toda información previamente adquirida, como si nuestra razón utilizando los conceptos que ya poseemos de objetos, necesitara rápidamente descomponerse y compartimentar estas nuevas informaciones, para no desestructurar su red de ideas interconectadas, que posteriormente y sin amenaza, analizará mejor las informaciones redistribuyéndolas infinitas veces.

Sin embargo, mientras acontece todo lo anteriormente mencionado, nuestra razón crea también afirmaciones totalmente diferentes (juicios sintéticos, extensivos)⁷³ añadiendo a los conceptos creados, otros conceptos totalmente diferentes (a priori).

⁷⁴

⁷² KANT, Immanuel, *Crítica da razão pura*, p.39.

⁷³ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*, p. 43.

⁷⁴ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*, p. 42.

III CAPITULO

PLURALISMO JURÍDICO

En el contexto de América Latina, durante largos años, ha imperado el movimiento del Derecho alternativo, como un cauce de búsqueda de un derecho “más justo” con las clases populares, operado a través de los operadores jurídicos (jueces, profesores). Como afirma Wolmer, además de la concepción del Derecho como ocultación/dominación, es posible forjar y utilizar el Derecho como instrumento de lucha, de defensa y de liberación contra la dominación impuesta. Se trata de visualizar el Derecho como una instancia de construcción de una sociedad más justa”⁷⁵. Nos aclara que en Brasil, la expresión “derecho Alternativo”, en su concepto íntimo (sentido particular), ha generado algunos equívocos semánticos en la medida en que se refiere tanto a la interpretación progresista de la legalidad vigente, hecha por jueces y abogados en los tribunales, a favor de los menos favorecidos socialmente, como a la lucha de clases o grupos subalternos por el reconocimiento de derechos insurgentes nacidos de sus necesidades y privaciones. Sin embargo, no ha alcanzado el éxito dado que el Derecho “oficial” es el que legítimamente impera. Se han buscado otras vías mediante la reivindicación de nuevas formas de producción del Derecho y pluralismo jurídico. “El pluralismo jurídico designa una multiplicidad de prácticas jurídicas existentes en un mismo espacio socio-político, integradas por conflictos o consensos, pudiendo ser o no oficiales y que tiene su razón de ser en las necesidades existenciales, materiales y culturales”.

⁷⁵ WOLKMER, Antonio Carlos, “Bases éticas para una juridicidad alternativa en la perspectiva latinoamericana”, en TORRE RANGEL, J.A.. (Coord.) *Derecho alternativo y crítica jurídica*, México, Porrúa, 2002, pp.161-182.

A.C. Wolkmer, especialista reconocido en esta temática⁷⁶, nos expone tres fuentes de lucha:

a) *Positivismo jurídico de combate*: es el uso de ciertos mecanismos del propio Derecho positivo para dar efectivación a las normas o textos legales ya conquistados y elaborados formalmente, provenientes del interés colectivo, pero que no son aplicados en favor de los segmentos populares. Es la lucha de los operadores jurídicos (abogados, asesores jurídicos de los movimientos sociales) para hacer valer las conquistas legales que no son aceptadas por los propios aparatos oficiales del Estado;

b) *Hermenéutica judicial alternativa*: es la práctica interpretativa hecha por jueces progresistas en los tribunales. Este procedimiento técnico de “hermenéutica alternativa” o de “uso alternativo del derecho” –como es más conocido entre los teóricos y académicos-, implica explorar, de forma crítica y democrática, las contradicciones, ambigüedades y las crisis del Derecho legislado en beneficio de los grupos sociales menos favorecidos o excluidos;

c) *Derecho insurgente*: es el Derecho paralelo, vivo y comunitario que emerge permanentemente de los intereses y necesidades de la sociedad. Es la creación y el reconocimiento de Derechos fundamentales de forma diferente a las normas positivas oficiales, engendradas en los conflictos y en las luchas de grupos sociales, pudiendo coexistir u oponerse a las leyes elaboradas por la actividad estatal. Se trata de otra legalidad que no se ajusta necesariamente al Derecho convencional vigente, pudiendo ser vista como un “nuevo” Derecho en el espacio de manifestaciones plurales comunitarias.

⁷⁶ Vid. Las siguientes obras de WOLKMER, Antonio Carlos: *Pluralsimo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito*, 3ªed., São Paulo, Editora Alfa-Omega, 2001 (citaremos por la traducción al español: *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*. Trad. de D. Sánchez Rubio. Sevilla, MAD, 2006; *Ideologia, Estado e Direito*, 4ªed. ampliada, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003; *Introdução al Pensamento jurídico crítico*, 6ªed., São Paulo, Saraiva, 2008.

En las últimas décadas Wolkmer subraya que se ha producido una disminución de la intervención del poder estatal (fenómeno de ‘desregulación estatal’) y el aumento gradual de la organización societaria (procesos autónomos de regulación) dando lugar a un procedimiento más amplio no sólo de informalización de la Administración de Justicia sino, sobre todo, de expansión creciente de nuevos polos legislativos de creación espontánea del Derecho, de nuevos mecanismos flexibles e informales de resolución de conflictos. Este impulso se debe en gran parte al nivel de democratización alcanzado por las instituciones sociales y a las transformaciones vividas por el aparato del Estado.

Ante la conveniencia de delinear los medios de superación del monismo jurídico materializado en el Estado y de establecer el proyecto de una ordenación descentralizada y espontánea que nazca de la propia sociedad, fundada en la pluralidad de necesidades básicas y en el consenso de las diferencias, podemos destacar dos estrategias esenciales, dirigidas a la producción legal alternativa.

1) La primera se refiere a las prácticas o mecanismos legales institucionales de producción alternativa existentes dentro del Derecho positivo oficial del Estado, entre las que podemos destacar dos modalidades. Una, la producción normativa institucionalizada (convenciones colectivas de trabajo, acciones propuestas por sujetos colectivos); otra, la resolución de conflictos institucionalizada (conciliación, arbitraje y práctica y uso alternativo del Derecho).

2) La segunda estrategia es la de las prácticas o mecanismos legales no-institucionalizados de producción alternativa fuera de la órbita del Derecho estatal positivo. En este caso se sustenta el argumento de que para superar la crisis del modelo jurídico tradicional de reglamentación social (Derecho producido y monopolizado por el Estado moderno centralizador), se hace necesario optar por procesos estratégicos pluralistas a medio plazo (“reformismo alternativo”) y a largo plazo (“rupturas alternativas”).

El pluralismo jurídico a medio plazo, que está relacionado con la producción y las reformas legales, pretende utilizar y ampliar ciertos procedimientos paralegales y extrajudiciales en la esfera del propio sistema jurídico oficial.

A largo plazo, como factores de producción alternativa, se presentan los diversos procedimientos auto-regulables que pueden surgir y ser aplicados por una pluralidad de actores sociales, asociaciones comunitarias y demás cuerpos intermedios, sustituyendo espontáneamente con relativa autonomía frente a la voluntad estatal e independiente del Derecho positivo oficial. Puede realizarse a dos niveles: a) nivel de resolución de conflictos: nuevas modalidades no-institucionales de mediación, conciliación, juicios arbitrales y jurado popular; extensión de comités o consejos populares de justicia; creación de tribunales de barrios, de vecinos y justicia de distritos; b) nivel de fuentes de producción legislativa: reapropiación y extensión de nuevas formas de “convención colectiva” laboral, formación de “acuerdos colectivos”, acciones de los movimientos sociales y otros.

Entre esas formas paralelas al Derecho oficial para resolver los conflictos cabe situar las experiencias alternativas y complementarias de resolución de conflictos, entre las que destacamos la mediación, a la que nos referiremos en el último Capítulo de nuestra Tesis.

Necesidades, derechos y la cuestión de los conflictos es una problemática muy bien estudiada por A.C. Wolkmer. Tomando como principal punto de referencia América Latina, advierte que se genera un proceso natural en el que la conciencia de las carencias y las necesidades acaban concretando reivindicaciones por derechos. Se trata de derechos que, en el ámbito de las instituciones periféricas latinoamericanas, se afirman como básicos para la propia supervivencia de grandes sectores de la población. Las demandas de derechos cubren un amplio espectro de necesidades y privaciones, exigencias que alcanzan el derecho al agua; a la salud, al saneamiento, a la asistencia médica, el derecho de igualdad de la mujer, el derecho de las minorías étnicas, el derecho de los indios a sus tierras, así como los derechos de la población a

la protección y a la seguridad contra las diversas formas de violencia⁷⁷. La lucha por esos nuevos derechos, representados por sectores comunitarios, especialmente por los movimientos sociales organizados, se realiza en dos frentes⁷⁸:

a) La exigencia para hacer eficaces los derechos ya alcanzados y proclamados formalmente por la legislación oficial estatal;

b) La reivindicación y el reconocimiento de los derechos que surgen de nuevas necesidades que la propia población crea y se auto-atribuye. Esa interacción colectiva de creación de nuevos derechos se debe a la ineficacia de una legislación estatal importada de la Metrópoli colonizadora y desvinculada de los reales intereses de los segmentos mayoritarios de nuestra sociedad.

Wolkmer denuncia que la administración de Justicia latinoamericana atraviesa un desajuste estructural y tiene escasa eficacia en cuanto instancia burocrático- estatal, encargada del control y de la resolución de los conflictos sociales. Observa que en la relación entre países centrales post-industriales y las sociedades atrasadas en procesos de modernización, formas distintas de crisis de legalidad monista y diversos niveles de ineficacia en el ámbito de la administración de justicia. Como ejemplo cita los tribunales europeos que son competentes cuando son convocados para realizar o reconocer nuevos derechos procedentes de los movimientos sociales vinculados a las minorías, al desarme y al medio ambiente, mientras que se lamenta de que en América latina (particularmente en Brasil), el Poder Judicial, como instancia burocrática-estatal, dependiente e inoperante, no sólo es influenciado por la misma crisis que atraviesa el Estado y las instituciones sociales, sino que, sobre todo, es constantemente demandado a responder, sin eficacia, frente a conflictos de naturaleza social y patrimonial⁷⁹.

⁷⁷ WOLKMER, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*. Trad. de D. Sánchez Rubio. Sevilla, MAD, 2006, pp.93-94.

⁷⁸ WOLKMER, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, cit., p.94.

⁷⁹ “El alcance de esa crisis de identidad del Poder Judicial coincide con las propias contradicciones de la cultura jurídica nacional, construida sobre una racionalidad técnico-dogmática y basada en

Subraya Wolkmer que en un análisis más detallado hay que considerar, como lo hacen J.E. Faria y J.R. Lima Lopes, que el centro problemático del Poder Judicial no es, necesaria y exclusivamente, la falta de medios y la desorganización, pese a esa situación se constituiría en mera disfunción dentro de una escala mayor de problemas institucionales y estructurales. “Lo importantes es la conciencia de que ‘la gran cuestión [...] es aquella que muchos parecen no ver: estar formado en una cultura jurídica incapaz de entender la sociedad y sus conflictos y la mala voluntad en discutir la democratización efectiva de ese órgano del Estado’”⁸⁰.

Las fuentes de producción de una nueva cultura jurídica han sido defendidas por buena parte de la doctrina contemporánea (Gierke, Ehrlich, Gurvicht, Santi Romano) que coinciden en admitir que amplios sectores de los “cuerpos intermedios”, con bajo grado de institucionalización, pueden elaborar y aplicar sus propias disposiciones normativas, entre ellas: las corporaciones de clase, asociaciones profesionales, consejos de fábrica, sindicatos, cooperativas, asociaciones deportivas y religiosas, fundaciones educativas y culturales, etc. En cada uno de estos grupos comunitarios de intereses de organización voluntaria hay una “regulación interna”, “informal”, “autónoma” y “espontánea”, paralela e independiente de la normatividad estatal, de los códigos oficiales, de las legislaciones elaboradas por las elites políticas dominantes⁸¹.

procedimientos lógico-formales y que, en la retórica de su “neutralidad”, es incapaz de acompañar el ritmo de las transformaciones sociales y la especificidad cotidiana de los nuevos conflictos colectivos. Se trata de una instancia de decisión sumisa y dependiente, no sólo de la estructura de poder dominante, sino, sobre todo, de un órgano burocrático del Estado, desactualizado e inerte, de perfil fuertemente conservador y poco eficaz en la solución rápida y global de cuestiones emergentes vinculadas, bien a las reivindicaciones de los múltiples movimientos sociales, bien a los intereses de las mayorías carentes de justicia y de la población privada de sus derechos. La crisis vivida por la justicia oficial, reflejada en su inoperancia, en su lentitud, en su ritualización burocrática, en su compromiso con los ‘dueños del poder’ y en la falta de medios materiales y humanos, no deja de ser un síntoma indiscutible de un fenómeno más amplio que es el propio quiebre del orden jurídico estatal” (WOLKMER, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, cit., p.97).

⁸⁰ FARIA, Joséé Eduardo, (Org.), *Direitos Humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo, Malheiros, 1994; también, vid. LIMA LOPES, José Reinaldo, “Pela democratização do Judiciário”. En *Direito e Justiça. A função social do Judiciário*. São Paulo, Ática, 1989, pp.123-144.

⁸¹ En este sentido, afirma Gurvicht: “Las proposiciones jurídicas abstractas, formuladas por el Estado [...] no se dirigen, en el fondo, sino a los tribunales estatales y a otros órganos del Estado. Los grupos

Se trata de una nueva forma de generar legitimidad a partir de prácticas y relaciones sociales derivadas en la práctica plural y efectiva de lo cotidiano. El centro de gravedad y de producción jurídica aparece a través de “pactos sectoriales”, “negociaciones colectivas”, “arreglos socio-políticos” y “convenios normativos”, firmados por entidades colectivas “que pasan a ser encaradas como fuentes de Derecho en cierto sentido predominante y no subordinado al formalismo de las fuentes llamadas formales”⁸².

Nos adherimos a la propuesta de Wolkmer con relación a que se debe forjar una propuesta ético filosófica que venga a dar los fundamentos al proyecto de una legalidad alternativa. Se trata de operar con una nueva ética de tenor pedagógico y liberador, generada en las relaciones y en las prácticas emergentes, configuradas a partir de las necesidades de los nuevos actores sociales. La “ética de la alteridad” es una ética de la solidaridad, que parte de las necesidades de los segmentos humanos marginados y se propone generar una práctica pedagógica libertadora, capaz de emancipar a los sujetos históricos oprimidos, sin justicia, alienados y excluidos, como pueda ser el caso de los reclusos, que es el tema que nos ocupa⁸³.

3.1. ¡Es preciso Desobedecer!

La idea que tenemos del estado, desde la infancia, es la de una institución compleja integrada por todas las provincias de nuestro país.

e individuos viven frecuentemente su vida jurídica ignorando el contenido de estas proposiciones. Así, sólo una íntima parte del orden jurídico de la sociedad puede ser alcanzada por la legislación del Estado, y la mayor parte del Derecho se desarrolla independientemente de las proposiciones jurídicas abstractas” (GURVICH, Georges (Org.), “Problemas de Sociología do Direito”. En *Tratado de sociología*. Lisboa, Martins Fontes, 1977, pp.256-257.

⁸² WOLKMER, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, cit., p.140.

⁸³ “Reivindicar una ética identificada con los valores latinoamericanos, no es renunciar a la conciencia de la existencia de principios morales universales, ya que se ha de proyectar nuestras particularidades con una visión universal” (WOLKMER, Bases éticas para una juridicidad alternativa en la perspectiva latinoamericana”, cit, p.180).

Damos por sentado, que todas las personas forman parte de este Estado y que todos tienen los mismos derechos y deberes.

Conforme vamos creciendo, hasta convertirnos en adultos, se va descubriendo que el Estado no es efectivamente tan organizado, que muchas personas están sin empleo, que muchos jóvenes no han terminado los estudios o ni siquiera han llegado a estudiar.

Incluso después de ver todas las desigualdades existentes en la sociedad, algunos no dejan de creer y de ver al Estado como una gran familia, creen que las desigualdades son crueles y existen, pero también confían en que juntos podemos superarlas, que juntos podemos ayudarnos unos a otros.

Pero existen personas que, incluso, después de que identifiquen tantos problemas sociales, consideren que los problemas forman parte de todas las familias, especialmente de la grande y que es de competencia exclusiva de los gobernantes, reparar y reducir las desigualdades sociales.

¿Cómo en una gran familia, no debemos ser también responsables de nuestros hermanos? ¿Es competencia exclusiva de los nuestros padres el cuidado de los hijos? Los ciudadanos ¿no somos tan responsables como nuestros gobernantes por todas las desigualdades existentes en nuestro Estado?

Seguidamente vamos a ocuparnos de la desorganización estatal. Básicamente analizaremos los modos de supervivencia adoptados por muchos ciudadanos que son marginados y la consiguiente polémica al respecto acerca de si conviene o no su admisión social. Ciudadanos que ven en estas conductas ilegales, la única manera de mantener su supervivencia y la supervivencia de muchos que dependen de ellos.

Antes de ejemplificar estas formas ilegales de trabajo, conviene diferenciarlas de las demás conductas delictivas. No con el propósito de descalificarlas penalmente, sino para destacar que incluso tratándose de delitos o contravenciones legalmente

tipificadas, la propia sociedad no considera tales conductas delictivas de la misma manera que se consideran delictivas las conductas de quien robe o hurte.

Nos estamos refiriendo a trabajos que sostienen a millones de personas por todo el mundo, de trabajos que a pesar de ser ilícitos y no admitidos, no dejan de ser un trabajo, que evitan que muchos de estos millones de ciudadanos diseminados por el mundo se transformen en delincuentes que hurtan, roban y matan.

Imparciales o al menos poco parciales, debemos analizar sin prejuicios, cómo estos trabajos ilícitos brotan en el medio social, cuáles son las necesidades que provocan su aparición y, especialmente, porqué gobernantes, policía y la gran mayoría de la sociedad conviven armoniosamente con estas conductas supuestamente ilegales.

a) Desobediencia civil urbana

Aquí cobra relevancia el tema de la desobediencia al derecho.⁸⁴

⁸⁴El texto comenta la acción de dos hombres, pertenecientes a culturas diferentes, de regiones muy distantes, pero que igualmente, rescataron valores que desde hace mucho han sido olvidados, como aquellas figuras ejemplares de Madre Teresa de Calcuta y M. Gandhi. Vamos a transcribir un texto de Manoel Dorneles, con el título “Héroes de nuestro tiempo (Homenaje tardío para dos hombres que aún no lograron cambiar el mundo, pero dieron un gran paso en esa dirección).

“Qué tiene que ver Palestina del Medio Oriente, conocida desde los tiempos bíblicos, con la Favela Palestina, en la periferia de Salvador? Nada, sino la coincidencia forzada de nombres, o todo, si tenemos en cuenta los bajos índices de desarrollo humano de las dos regiones. Tampoco podrían tener algo en común el sargento israelí Shapira Zohar (36) y el tractorista bahiano Hamilton Santos (54), pero ellos tienen que ver, y mucho. Separados por miles de kilómetros, edad y realidades diferentes, ambos se hicieron famosos por tener la misma actitud: el no cumplimiento del deber por razones humanitarias. El primero se hizo famoso mundialmente después de negarse a disparar contra civiles en los territorios palestinos ocupados por Israel. El segundo, se hizo conocido en todo Brasil al desobedecer la orden del funcionario judicial que debía ocuparse de echar abajo una casa en la Favela Palestina, donde Telma Sueli dos Santos Sena vivía con sus siete hijos. Zohar, que convenció a más de 12 colegas para que lo imitaran, fue juzgado por un tribunal militar retirándose en la reserva. Formado en astrofísica, da clases de matemáticas para sobrevivir y viaja por el mundo. Predica la paz y recibe homenajes, incluso en Brasil, donde estuvo en el II Foro Social Mundial, realizado en Porto Alegre (Rs). El tractorista Santos, preso entonces, tras la repercusión de su acto, fue absuelto y recibió un homenaje del Colegio de los Abogados de Brasil. La distinción más reciente proviene de los autores de

Como apunta N. Belloso Martín, la desobediencia civil busca su justificación en tres ámbitos: el moral, el político y el jurídico. En lo que se refiere a la justificación moral de la desobediencia civil, cabe distinguir los argumentos moralmente a favor y los argumentos moralmente en contra de la misma.⁸⁵

La violencia es un argumento en contra, pero la conservación de la integridad moral, el deber combatir la inmoralidad, constituye una razón a favor de la justificación de la desobediencia civil.⁸⁶ “Como solución más satisfactoria podríamos afirmar que siempre tenemos obligación moral de obedecer la ley, pero que en algunas y especiales ocasiones esta norma general se ve contrapesada por una obligación moral más fuerte de desobedecerla”

El *Movimiento de los Trabajadores sin Techo* (MTST), surgido al final de la década de los 90', en Brasil, es un ejemplo de justificación moral de la desobediencia civil.⁸⁷

la novela "América", que mostró al inicio la misma actitud de Santos, reproducida por el personaje vivido por el actor Paulo Goulart.

En su visita a Brasil, Zohar, que pertenecía a una tropa de elite del ejército israelí, explicó sobre el motivo que lo llevó a la decisión de no actuar más en los territorios ocupados: la mirada de una niña Palestina de 7 años. De madrugada, cuando él y sus compañeros invadían una casa, en busca de un supuesto terrorista, se enfrentó a los ojos de una niña que lo miraba fijamente. Fue lo que bastó para escribir la carta al premier israelí Ariel Sharon, anunciando su propósito. Interesante que, aunque haya revelado su compasión por el pueblo palestino, oprimido, dice que tomó esa actitud preocupado por conmover, en primer lugar, a su propio país. Fue también la mirada de una niña (o de varias) lo que llevó al tractorista Hamilton Santos a negarse a cumplir su tarea. Lloró y entregó las llaves del tractor al agente judicial. El "Diario Nacional" dio la noticia en su titular y conmovió a todo el País e hizo de Santos una especie de héroe, desde entonces Brasil lo echa de menos. Sabemos que es tardía, pero nunca está demás un homenaje a estos dos héroes de nuestra época, de mundos tan diferentes y, al mismo tiempo, tan iguales. Que nuestros próximos héroes, principalmente aquéllos que reciben del pueblo el poder de representarlo, también hagan su parte, por muy mínima que sea. Y con una buena salvedad: al contrario de Zohar y Santos, basta sólo con que cumplan su deber.” (Dorneles, Manoel. *Heróis de nosso tempo*. Disponible en: http://www.kalunga.com.br/revista/revista_junho_11.asp Acceso el 29 sept. 2009).

⁸⁵ Vid. BELLOSO MARTÍN, Nuria. “La justificación moral de la desobediencia al Derecho”. En *Estudos Jurídicos*. São Leopoldo, Brasil, Unisinos, vol.32,nº. 85, 1999, pp.5-44.

⁸⁶ Vid. BELLOSO MARTÍN, Nuria. “La justificación moral de la desobediencia al Derecho”, *cit*.

⁸⁷ La presentación que parece haber sido extraída de un manifiesto socialista dice así:

“El Movimiento de Trabajadores Sin Techo (MTST) surgió a finales de los 90', con el compromiso de luchar junto a los excluidos de las ciudades en contra de la lógica perversa de las metrópolis brasileñas: sobran tierra y viviendas, falta la vivienda. La especulación inmobiliaria transforma tierra urbana en

En cuanto a la justificación política, nuevamente apoyándonos en N. Beloso Martín, no hallamos mayores dificultades si la desobediencia es contra un Estado políticamente dictatorial, pero tratándose de un Estado políticamente democrático, donde al menos teóricamente sus ciudadanos han defendido los derechos fundamentales como la libertad de expresión, la libertad política, incluso con el derecho de poder participar activamente al sistema legislativo, las dificultades aumentan.⁸⁸

¿Podría un gobierno ser liberal-democrático y dictatorial al mismo tiempo?
¿Puede alguien continuar siendo esclavo incluso después de abolición de la esclavitud? ¿Existe realmente un Estado totalmente democrático, sin ninguna influencia dictatorial?

La desobediencia civil es necesaria siempre que cualquier Estado, por acción u omisión, dejar de cumplir sus obligaciones o que en el cumplimiento de estas obligaciones proporcione desequilibrio y desigualdades, resultando contrario a los principios que venía a defender.

La ultima justificación para la desobediencia civil es la justificación jurídica, donde la desobediencia se justifica por la necesidad de forzar al Estado a anular

promesa de ganancia y alimenta el proceso de degradación humana, el caos urbano. ¿En qué ciudad no se encuentran apartamentos vacíos, edificios abandonados, terrenos en la periferia a la espera de su valorización? En qué centro urbano no hay mendigos, morador de calle sin techo?

Las familias sin hogar no tienen derechos, son lo contrario de la ciudadanía. No tienen trabajo, vivienda, nutrición, salud, ocio, cultura. Viven como sombras en los semáforos, en las esquinas, en los bancos de los parques, tras un plato de comida, algo de dinero. Se enfrentan a la indiferencia, los prejuicios, la violencia policial. Están excluidas de las decisiones políticas que determinan el curso de la vida social.

El MTST tiene como uno de sus objetivos luchar contra la máquina de producción de la miseria en los centros urbanos. La ocupación de tierra, el trabajo de la organización popular, es la principal forma de acción del movimiento. Cuando ocupan un latifundio urbano desocupado, los sin techo resisten contra la lógica difundida como natural de que el pobre nace, vive y muere oprimido. No aceptan la expropiación que muchos llaman destino. Al montar su barracas de lona negra en un terreno vacío, esas familias cortan el lazo imaginario que protege la concentración de la riqueza y de tierra en manos de pocos. Y en un terreno donde una sola persona esperaba el beneficio, los sin techo plantan la transformación, una semilla de ciudadanía (MTST – Movimento do Trabalhadores Sem Teto. Quem somos. Disponible en: http://www.mtst.info/?q=quem_somos - Acceso el 29 set. 2009).

⁸⁸ Vid. BELLOSO MARTÍN, Nuria. “La justificación moral de la desobediencia al Derecho”, *cit.*

cualquier ley injusta que haya provocado erróneamente una aplicación indigna en el mundo civil.⁸⁹ En definitiva, si bien la justificación moral y política -en un régimen dictatorial- se puede admitir para validar la desobediencia civil, no sucede lo mismo en el ámbito jurídico. Jurídicamente no se puede justificar la desobediencia al Derecho en un Estado democrático, donde el propio sistema ya establece mecanismo –recursos ante los Tribunales-. El propio Derecho no puede abrir la puerta a la desobediencia.

b) Leyes injustas

¿Qué son las leyes injustas? Podemos suponer que son las leyes injustas como las leyes que contrarían los derechos y las garantías fundamentales del ser humano, leyes formuladas en desacuerdo con la Constitución de un país. Sin embargo, existen leyes que a pesar de que, en un primer momento respeten el contenido de la Constitución de su propio país, cuando se llevan a la práctica, provocan una serie de injusticias sociales.

Partiendo del principio de que las leyes son creadas para regular a los ciudadanos y, que los ciudadanos son necesariamente personas que gozan de todos sus derechos y garantías fundamentales, concluimos que, lamentablemente, en la práctica no todas las personas son ciudadanos; es decir, para estas personas, el cumplimiento de estas leyes teóricamente justas, no se hace bien, de manera que se acaban acentuando aún más sus desigualdades.

Sabemos que los que comercializan con mercancías los impuestos correspondientes a la circulación y comercialización de estas mercancías; sin embargo, la comercialización de las mercancías sin que se paguen los tributos, -comercio clandestino o informal-, es una realidad en muchos países del mundo. ¿Por

⁸⁹ M Vid. BELLOSO MARTÍN, Nuria. “La justificación moral de la desobediencia al Derecho”, *cit.*

qué existen estos comercios clandestinos? ¿Cómo es que las leyes que tratan de hacer cumplir el pago de tributos, revertirán en beneficio de todos, pueden ser injustas?

Recordando el contrato social de J. J. Rousseau, para que un Estado democrático funcione, es de suma importancia que el contrato social que lo regula sea reflejo de la voluntad de todos, donde todos totalmente satisfechos defenderán el interés colectivo, como si fuera su propio interés individual.

¿Existe realmente un Estado democrático que sea capaz de atender a todos indistintamente? Como señala N. Beloso Martín: “Sin embargo, en la realidad la democracia no funciona como el modelo rousseauniano e incluso no parece aconsejable que se iniciara una transformación jurídico-política para acercarnos al modelo del “contrato social”, ya que tal vez se correría un riesgo excesivo de caer en un sistema totalitario, más cercano al Leviatán, al menos en sus resultados”.⁹⁰

Contestando a los interrogantes formulados anteriormente, los comercios clandestinos existen para garantizar la vida de quien está acostumbrado a vivir al margen de las garantías legales del Estado, para remediar a las omisiones del Estado con sus ciudadanos, que en realidad no pueden ser considerados ciudadanos, por no tener acceso a las mismas garantías legales de quien es realmente ciudadano.

Leyes aparentemente constitucionales, aparentemente justas, se convierten en injustas cuando se aplican sin ninguna distinción. ¿Por qué? A fin de cuentas las leyes deben valer para todos indistintamente.

Sería así si todos tuviesen el mismo tratamiento estatal. La igualdad debe valer para los deberes y para los derechos, ya que, de lo contrario, cuando las desigualdades son generadas por el propio Estado, muchas leyes resultan injustas cuando se aplican sin ninguna distinción.

⁹⁰ Vid. BELLOSO MARTÍN, Nuria. “La justificación moral de la desobediencia al Derecho”, *cit.*

Supongamos un vendedor de ropa, CD's, utensilios domésticos, perfumes, bolígrafos o cualquier otro tipo de material de contrabandado, normalmente de origen chino, y que vende estos productos circulando por las calles o en algún punto fijo sin licencia o ninguna regularización.

Esta es una conducta ilegal, susceptible de castigo por parte del Estado en el caso de que la conducta se descubriera. Sin embargo, lo que observamos todos los días, es que el Estado, como casi toda la sociedad, la mayoría de las veces ignoran la ilegalidad de este tipo de conducta.

Sabemos que el Estado y, por consiguiente, toda la sociedad resultan perjudicados por la no recaudación de impuestos debido a la comercialización de las mercancías, pero también sabemos que de una forma o de otra, la comercialización clandestina de aquellas mercancías, suple las necesidades básicas de quien las vende, suple las deficiencias del Estado que no consigue garantizar las condiciones mínimas de supervivencia a sus ciudadanos.

Sin embargo, la sociedad, aun reconociendo las limitaciones absurdas y moralmente injustificables de un Estado gobernado por corruptos, lamentablemente acaba entendiendo que este tipo de comercio clandestino, conlleva más beneficios que inconvenientes para el país.

Hay ocasiones en que el Estado actúa para, supuestamente, reestablecer una obediencia civil que nunca tuvo, y decide de aplicar la ley, le duela a quien le duela. Determina que desde aquel día en adelante no va a tolerar más el comercio de mercancías clandestinas, ordenando a las fuerzas del orden público que recojan y aprehendan todas las mercancías, aunque sea coercitivamente.

Sabemos que con la excepción de algunos grandes contrabandistas, la mayoría de las personas que practican este tipo de comercio, lo llevan a cabo como la única fuente de renta y sustento que tiene. Basta que el Estado adopte alguna medida más

enérgica con el propósito de reprimir esta actividad, y la opinión pública se manifestará inmediatamente desaprobando la acción, resultando el Estado rehén de su propia corrupción e incompetencia.

Como afirma N. Beloso Martín: “Aun cuando se trate pues de un sistema democrático, si las reglas del juego se rompen en perjuicio de un sector minoritario de la población cualquiera que sea éste, o si ese sistema elabora leyes injustas y no existen medios apropiados, eficaces y rápidos para evitarlo y protestar, entonces entendemos que también puede considerarse justificada políticamente la desobediencia civil”⁹¹.

Por todos los rincones se pueden apreciar reflejos de las deficiencias del gobierno derivadas de los Estados para desempeñar mínimamente sus funciones, sin que consigan garantizar las condiciones básicas de supervivencia a sus integrantes. Los ciudadanos resisten diariamente contando única y exclusivamente con sus fuerzas, desobedeciendo civilmente a un orden estatal que insiste en querer robarles la esperanza, que insiste en no tratarlos como ciudadanos.

c) Desobediencia civil rural

Junto con las reivindicaciones en las grandes ciudades, también encontramos en las zonas rurales ejemplos de desobediencia civil a las leyes, al derecho y a las injusticias que en ocasiones este derecho ampara. Se trata de la reforma agraria idealizada, preconizada por el Movimiento de los Trabajadores Rurales Sin Tierra en Brasil (MST), un movimiento surgido al final de la década de los 70' y, que desde

⁹¹ Vid. BELLOSO MARTÍN, Nuria. “La justificación moral de la desobediencia al Derecho”.*cit.*

entonces lucha por la democratización del acceso a la tierra, intentando garantizar a los que viven de la tierra condiciones dignas de supervivencia.⁹²

La tierra debe ser entendida como uno bien al servicio de todos, al servicio de la vida. Establecer un límite máximo al tamaño de la propiedad de la tierra, es una forma de garantizar su utilización social y racional.

El MST para su propuesta de reforma agraria popular determina como objetivos generales:

“a) Eliminar la pobreza en el medio rural; b) Combatir la desigualdad social y la degradación de la naturaleza que tiene sus raíces en la estructura de la propiedad y de la producción en el campo; c) Garantizar el trabajo para todas la personas, combinándolo con la distribución de renta; d) Garantizar la alimentación a toda la población brasileña, produciendo alimentos de calidad, desarrollando los mercados locales; e) Garantizar las condiciones de participación igualitaria de las mujeres que viven en el campo, en todas las actividades, en especial en el acceso a la tierra, en la producción, y en la gestión de todas las actividades, tratando de superar la opresión histórica impuesta a las mujeres, principalmente en el medio rural; f) Preservar la biodiversidad vegetal, animal y cultural que existen en todas las regiones de Brasil, que forman nuestros ecosistema; g) Garantizar condiciones de mejora de vida para

⁹² Como el propósito de presentarles mejor el Movimientos de los Trabajadores Rurales Sin Tierra, transcribimos una pequeña parte del artículo del autor Ademar Bogo, titulado: “As ocupações de terra em legítima defesa”, publicado el 27 de abril de 2009, en la página web del MST, donde afirma:

“Así es como funciona: los trabajadores Sin Tierra, los solicitantes tienen que un espacio para producir, no ver a cualquier iniciativa en vigor, organizan la propia fuerza para, a través de la “desobediencia” de las leyes complementarias, tendenciosas, hacer cumplir la ley mayor que dice que “La tierra debe cumplir con la función social” lo que no ocurre íntegramente bajo la propiedad de los terratenientes y de las empresas del agronegocio. Por tanto, el grito que ordena las ocupaciones, no viene de la boca de los trabajadores pobres del campo, sino del propio gobierno que no cumple con sus responsabilidades políticas y sociales.

Mientras no haya la justa distribución de la tierra, habrá hambre en el campo y en la ciudad. Aumentarán las ocupaciones, ya que representan el último recurso para los trabajadores Sin Tierra para que practiquen la legítima defensa contra la sentencia condenatoria a la situación de pobreza en la que viven en constante peligro de muerte” (Bogo, Ademar. As ocupações de terra em legítima defesa. Disponible en: <http://www.mst.org.br/node/6788> Acceso el 29 sept. 2009).

todas las personas y acceso a todas las oportunidades de trabajo, renta, educación y ocio, estimulando la permanencia en el medio rural, en especial la juventud”.⁹³

El MST también determina como medidas fundamentales para su propuesta de reforma agraria popular:

“1.1. Establecer un tamaño máximo de la propiedad rural, para cada agricultor, establecido en función de cada región. (Por ejemplo, fijar en 35 módulos fiscales, que representaría como promedio unas 1.000 hectáreas, por familia, sumados todos los inmuebles que posea) Y expropiar todas las explotaciones que superen este módulo, independientemente del nivel de producción y productividad; 1.2. Garantizar el acceso a la tierra a cada familia que quiera vivir y trabajar en ella; 1.3. Expropiar todas las explotaciones de compañías extranjeras, bancos, industrias, empresas de construcción e iglesias, que no dependen de la agricultura para sus actividades; 1.4. Expropiar todas las grandes propiedades que no cumplan una función social. Es decir, que estén por debajo de la productividad media de la región. Que no respeten el medio ambiente. Que tengan problemas con la aplicación de las leyes laborales a sus empleados. Y que estén involucrados en el contrabando, el tráfico de drogas, el trabajo esclavo. El importe pagado debe ser igual al declarado en los impuestos. Descontando, todos los impuestos adeudados, los préstamos de los bancos públicos, los daños ambientales y sociales causados”.⁹⁴

En Brasil, históricamente las iniciativas del gobierno no se ha interesado por el cumplimiento de la función social de la tierra. A diferencia de los principios que deberían orientar la administración pública de cualquier país, Brasil prioriza cada vez más a los grandes terratenientes, fortaleciendo los monocultivos y los agronegocios, en una búsqueda casi obsesiva de nuevos mercados con el consiguiente aumento de las exportaciones.

⁹³ MST – Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra. Nossa proposta de reforma agrária popular. Disponible en: www.mst.org.br/node/7708 Acceso el 29 set. 2009.

⁹⁴ MST – Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra. Nossa proposta de reforma agrária popular. Disponible en: www.mst.org.br/node/7708 Acceso el 29 set. 2009.

No se trata de querer detener el progreso. Defendemos la necesidad de reparar las desigualdades que se han producido a lo largo de los siglos, desigualdades como a las que la misionera norteamericana Dorothy Stang, se enfrentaba en Pará, uno de los Estados brasileños, hasta el día 12 de febrero de 2005, cuando fue asesinada.

La misionera norteamericana, nacionalizada brasileña, luchaba contra los terratenientes (grandes terratenientes, cuya propiedad de la tierra está siendo cuestionada como sospechosa de ser resultado de una adquisición ilícita), que explotaban y establecían condiciones de trabajo esclavo para una gran mayoría de pobres agricultores en la región.

El asesinato de la misionera repercutió en todo el mundo como otro ejemplo de los despropósitos cometidos en nombre de la codicia humana, como una muestra de cómo un país puede permanecer en silencio frente a las apremiantes necesidades de sus ciudadanos. Un país debe basarse en las palabras y actitudes de sus ciudadanos, en las palabras de la misionera Dorothy Stang, cuando afirmaba, “No voy a huir ni abandonar la lucha de estos agricultores que están desamparados en el bosque. Tienen el sagrado derecho a una vida mejor en una tierra donde puedan vivir y producir con dignidad sin tener que devastar”.

Los propios gobiernos que promueven las grandes empresas agrícolas de capital nacional y extranjera, concediendo exenciones en el pago de tributos, condonando deudas no pagadas desde hace más de una década y proporcionando nuevos préstamos subvencionados, también deberían prioritariamente crear las condiciones para que la gran mayoría de los trabajadores rurales desamparados de este país, tuvieran acceso a la tierra y a las condiciones de producir y garantizar una condiciones dignas de subsistencia.

3.2. Panóptico jurídico

Desde la cima del mundo podríamos ver a todos a modo de hormigas, seres entrando y saliendo de los medios de transporte, grandes y pequeños, yendo y viniendo. Seres entrando y saliendo de sus refugios, siguiendo las rutas de movimientos continuos y ordenados como los de las hormigas.

Como en las actuaciones geniales de Charles Chaplin, al dirigir la película “tiempos modernos”, en 1936, y, Francis Ford Coppola, con su vídeo documental *Koyaanisqatsi*, de 1983, ambos se posicionan desde lo alto con los ojos acelerados de una cámara, permitiendo nos identificásemos por algunos instantes con esas imágenes.

En la película de Chaplin, vemos a hombres y mujeres que caminan, entrando y saliendo de los subterráneos de una revolución industrial en blanco y negro, con comportamientos y movimientos idénticos a los de las hormigas.

En la película de Coppola, vemos a hombres y a mujeres que caminan, entrando y saliendo de los subterráneos de una revolución industrial con una tecnología ya a color, pero todavía con comportamientos y movimientos idénticos a los de las hormigas.

Vivimos ya sin plantearnos nada. Las razones para la vida son cada vez menores y taxativas. Nos acostumbramos a vivir en función de las circunstancias que nos obligan. Y ¿por qué es así?⁹⁵

⁹⁵ Siguiendo esta línea de raciocinio, Boaventura de Sousa Santos, apunta que: “Existe una inquietud en el aire. Tenemos la sensación de estar en el borde del tiempo, entre un presente casi terminando y un futuro que aún no ha nacido. La inquietud surge de una experiencia paradójica: la experiencia de los excesos de determinismo y de excesos de indeterminismo. Los primeros residen en la aceleración de la rutina. Las continuidades se acumulan, la repetición se acelera. La vivencia del vértigo coexiste con la del bloqueo. El vértigo de la aceleración es también una estación vertiginosa. Los excesos del indeterminismo residen en la desestabilización de las expectativas. La eventualidad de catástrofes personales y colectivas parece cada vez más probable” (SOUZA SANTOS, Boaventura de . *Para um*

Los paradigmas mientras sean aún incipientes son siempre modernos, desafiantes y sugestivos. Posibles cambios, promesas de liberación, de más igualdades, provocan que surjan nuevos paradigmas.

Como las pasiones, el tiempo siempre revela desencantamientos y con el paradigma de la modernidad no es diferente. La única salvedad es que los paradigmas, con el tiempo, resultan cada vez más románticos y conquistadores.

Tanto en la antigüedad como en la Edad Media, la búsqueda de la libertad representaba para una gran mayoría de oprimidos, el fin de la esclavitud, el fin de la supervivencia. En la modernidad ¿qué significa la búsqueda por la libertad? ¿Libre de qué? ¿Y si en lugar de asalariados aún somos esclavos? ¿Y si nuestras residencias seguras son en realidad prisiones?

Siguiendo esta línea de razonamiento, nos detendremos en unos breves comentarios realizados por Michel Foucault en su libro *Vigilar y castigar*, con respecto al *Panóptico* diseñado por el filósofo Jeremy Bentham.

En *Vigilar y castigar*, Foucault describiendo a su manera el *Panóptico*, comienza reafirmando la estructura de Bentham cuando imagina una construcción en forma de anillo, circular, con una torre en su centro formada por anchas ventanas que se abren en la cara interior del anillo. Está dividida en celdas, cada una de las cuales atraviesa toda la anchura de la construcción; éstas tienen dos ventanas, una que da al interior (correspondientes a las ventanas de la torre) y la otra, que da al exterior, permite que la luz entre en la celda.⁹⁶

Con este tipo de construcción, Foucault sigue la idea de Bentham de que basta con situar un vigilante en la torre y encerrar en cada celda a un loco, un enfermo, un

novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 6 ed. São Paulo: Cortez, 2007, p.7).

⁹⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 29ª ed. Petropolis: Ed. Vozes, 2004. p. 165-166.

condenado, etc., que las pequeñas siluetas cautivas en cada celda de la periferia se recortarán sobre la luz.

Sin embargo, Foucault a diferencia de Bentham, al tratar el *Panóptico* desde una perspectiva que sería la de una sociedad controlada, compara cada celda con un pequeño teatro, que elige intencionadamente a presos, locos, enfermos y condenados que, separados y aislados unos de los otros, son incapaces de elaborar un gran espectáculo.⁹⁷

Según las propias palabras de Foucault: “El dispositivo panóptico dispone unas unidades espaciales que permiten ver sin ser vistos. En resumen, el principio de la mazmorra es invertido; de sus tres funciones - atrancar, privar de luz y esconder -, sólo se conserva la primera y se suprimen las otras dos. La plena luz y la mirada de un vigilante captan mejor que la sombra, que en último termino les protegía. La visibilidad es una trampa”.⁹⁸

Supongamos que todas las estructuras que frecuentamos diariamente, formen parte de una inmensa estructura anillar disfrazada, imaginemos que por todas partes existen paredes invisibles de horizontes y que el exceso de “luz” nos ofusca los pensamientos.

Nosotros estamos condenados, como fueron condenados los locos y enfermos de Foucault, perdiendo sus funciones, excluyendo así la posibilidad de un gran espectáculo teatral social, capaz de desafiar el mantenimiento del poder.

Podemos recordar oportunamente las artimañas del flaco, relatadas en la fábula, con todas las innovaciones aportadas por el flaco, entre ellas, la aparición del contrato social, y sólo fueron admitidas con la aparición del Leviatán. La aparición de

⁹⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir, cit.*, p. 166.

⁹⁸ FOUCAULT, Michel, *cit. Ibidem.*

este monstruo asumió la misma función que la plaga tuvo en el mencionado libro de Foucault, en la parte donde él mismo comenta el *Panóptico*.

En la fábula que hemos descrito el Leviatán representa lo desconocido, el miedo, la condición que faltaba para hacer posible el cambio del paradigma. ¿Qué paradigma? El paradigma que determinó el *hominin lupus hominini*.

Recordamos que al inicio del cambio de paradigma, todos se adhirieron al contrato social con el propósito de no desafiar el Leviatán, con la intención de tener sus vidas seguras y preservadas. Pero ¿hasta cuándo fue así?

¿Hasta cuándo el tiempo y los días se encargaron de transformar el Leviatán en un mito? Hasta cuándo estará presente a los ciudadanos, que ya no recuerdan el Leviatán, el mito y mucho menos el sentimiento de peligro que transformó el antiguo paradigma. Puesto que ya no recuerdan ni el Leviatán ni el peligro que representaba y tampoco el antiguo paradigma, ¿Qué es lo que continúa sosteniendo el nuevo paradigma, si todas las razones se han olvidado por completo?

Utilizando la analogía para que podamos plantear un significado paralelo entre los condenados referidos por Foucault y nosotros como ciudadanos “libres”, conviene que recordemos: “el efecto más importante del Panóptico: inducir en el detenido un estado consciente y permanente de visibilidad que garantiza el funcionamiento automático del poder. Hacer que la vigilancia sea permanente en sus efectos, incluso si es discontinua en su acción. Este aparato es una maquina de crear y sostener una relación de poder independiente de aquel que lo ejerce.; en fin, que los detenidos están presos en una situación de poder de la que ellos mismos son los portadores. Para ello, es al mismo tiempo excesivo y muy escaso que el preso sea observado sin cesar por un vigilante: escaso, ya que lo esencial es que él sepa que está siendo vigilado; excesivo, porque él no tiene necesidad de serlo efectivamente”.⁹⁹

⁹⁹ Foucault, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 29ª cit., pp.166-167.

Así podemos comprender lo que mantiene el modelo de organización, proporcionado por un “nuevo” paradigma, ya que todas las razones anteriores que lo constituyeron fueron olvidadas. Razones desconocidas son las mejores razones para el mantenimiento de un paradigma. Y ¿qué es lo que mantiene la presencia de Dios?

Lejos de querer blasfemar, es como si dijésemos que los hombres sientan respeto y admiración por Dios, sólo por querer que Dios, incluso sin conocerlo, sea así: Señor de infinitos poderes, bondad y sabiduría.

a) Las leyes y los paradigmas

No creo que estudiar de nuevo las fuentes del derecho o las leyes resulte lo más adecuado para intentar mejorar nuevamente el comportamiento social humano. Muchos pensadores y filósofos lo han hecho sin tener en cuenta las fuerzas motrices de nuestras conductas. Y que es ¿lo qué precede a la necesidad del derecho o de las leyes, para que el derecho o las leyes sean necesarios? Las leyes se limitan a castigar al asesino de alguien que ya ha muerto.

Conviene analizar los éxitos y fracasos de constituciones, códigos y leyes anteriores, para que consideremos la aplicabilidad, aceptación e impacto de nuestras constituciones, códigos y leyes actuales o futuras.

En función de este tipo de análisis limitado e retóricamente ignorante, la mayoría de las sociedades y sus gobernantes pretenden reducir la edad de responsabilidad penal. Tal vez si nuestros legisladores estudiaran y comenzaran a considerar todas las razones psíquicas del comportamiento humano, sabrían elaborar leyes mejores, o incluso, entenderían que a menudo no necesitamos cambiar las leyes para que el comportamiento social sea menos desastroso.

Y ¿qué es lo que está equivocado? Las leyes ya no representan más las tendencias y la voluntad social, o ¿será que existe otro tipo de recurso tanto o más importante que las leyes, pero que no estamos teniendo en cuenta?

René Descartes, aportó una relevante contribución al mundo al crear un método de análisis muy minucioso y tendía a subdividir en áreas lo que se pretendía conocer. Esta técnica posteriormente comenzó a ser conocida como método cartesiano, utilizado ampliamente en el estudio de la medicina y se convirtió en uno de los máximos responsables de los avances de los tratamientos de las enfermedades en los últimos siglos.

Sin embargo, el método cartesiano, comenzó a ser cuestionado debido a su excesiva estratificación y subdivisión del conocimiento y a las posibles causas de las enfermedades. Siguiendo la tendencia metodista de Descartes, la comunidad científica occidental, dada la división de las ciencias como exactas o humanas, comenzó a desentrañar los males de la mente, de los males del cuerpo, argumentando que éstos no se comunicaban.

El análisis sobre esta no comunicabilidad entre los males de la mente y los males del cuerpo, fue uno de los puntos cruciales para romper el paradigma cartesiano mecanicista, ya que la comunidad científica occidental sólo comenzó a admitir que los problemas emocionales podrían estar directamente ligados a la manifestación de los problemas carnales, desde el entendimiento holístico del universo, sus interacciones y tensiones básicas.¹⁰⁰

Las contribuciones del sistema cartesiano en el mundo son innegables, sin embargo, esta vocación que el ser humano parece tener, para hacer absoluto e

¹⁰⁰ Según Fritjof Capra: “La tensión básica es la tensión entre las partes y el todo. El énfasis en las partes ha sido llamada mecanicista, reduccionista o atomístico; el énfasis del todo, de holística, organísmica o ecológica. En la ciencia del siglo XX, la perspectiva holística se la conoce como “sistémica”, y la manera de pensar que implica se la conoce como pensamiento “pensamiento sistémico” (CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 2006, p.33).

incuestionable cualquier segmento que en un primer momento muestre resultados favorables, encierra a este mismo ser humano en sus propias limitaciones, no inherentes e innecesarias.

Existe una tendencia absurda de nuestro sistema jurídico a continuar admitiendo y reafirmando, mediante el positivismo jurídico, un paradigma que sólo atrofia y socava el ideal de justicia. Las leyes continúan siendo el producto de supuestas necesidades, entendidas como necesarias a partir de los análisis que no alcanzan la comprensión de la totalidad social, que se limitan a la solución inmediata de un determinado problema que surge en una de las partes del todo social.

El paradigma cartesiano, lamentablemente todavía resulta imprescindible en el sistema jurídico que sigue alejado del derecho y por consiguiente de las leyes, sin prestar la suficiente atención a los relevantes conocimientos culturales, religiosos, filosóficos y psicológicos, característicos y específicos de cada comunidad de un país.

El derecho y las leyes representan el simple resultado de las realidades sociales mal comprendidas, el simple resultado de la reestructuración tendenciosamente más agresiva de las leyes que ya existían. El derecho y las leyes se convierten en modelos casi inalterables, que restringen y limitan a abogados, fiscales y jueces al dogmatismo legalista.

La teoría del “*labelling approach*” o, paradigma de la reacción social,¹⁰¹ inicialmente desarrollada por el sociólogo norteamericano Howard Saúl Becker, ha establecido que el comportamiento humano, o más bien, que los diferentes comportamientos humanos, son factores cruciales para la comprensión del comportamiento social, revolucionando la ciencia penal y, según Antonio García-

¹⁰¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos, introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 - Lei dos juizados especiais criminais*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 226 -227

Pablos de Molina, aclarando que “el delito es una función de las interacciones psicosociales del individuo y de los diferentes procesos de la sociedad”.¹⁰²

Cuando hablamos de comportamiento humano, nos estamos refiriendo a las más distintas razones psíquicas responsables de cualquier acción del hombre. Partiendo de esta premisa, comprendemos todas las limitaciones del positivismo jurídico, del derecho y de un conjunto de leyes preestablecidas con la pretensión de regular el comportamiento social.¹⁰³

La sociedad, entendida como un reflejo de los diferentes comportamientos sociales de cada uno de sus ciudadanos, no puede considerarse como algo acabado, inmóvil, rígido. La sociedad es un organismo vivo y pulsante, vulnerable a cualquier comportamiento, cultural y moral de sus integrantes.

Cabe entonces preguntarse qué tipo de acción, qué tipo de comportamiento puede convertir a alguien en un delincuente de verdad. Consideramos que los delitos ya están todos establecidos y que, con raras excepciones, sufren algún tipo de cambio, alguna evolución orientada a la dinámica social..

Frente al dogmatismo delictivo, los comportamientos humanos tienden a cambiar periódicamente y los tipos criminales que motivaron la tipificación penal imperante hasta hoy, no son los mismos que hace unas pocas décadas.

Si permitimos la continuidad de este modelo jurídico positivista, o si no desarrollamos una evolución mínimamente responsable de este positivismo, capaz de

¹⁰² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos, introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95*, cit., p.214.

¹⁰³ Siguiendo esta línea de razonamiento, Molina apunta: "bajo esta perspectiva interaccionista, no se puede entender el delito, sin referencia a su propia reacción social, al proceso social de definición o selección de ciertas personas y conductas etiquetadas como criminales. Delito y reacción social son conceptos interdependientes, recíprocos, inseparables. Una violación no es una cualidad intrínseca de la conducta, sino una cualidad que se le atribuye a través de complejos procesos de interacción social, los procesos, altamente selectivo y discriminatorio" (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos, introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 – cit.*, pp.226 - 227).

seguir racionalmente la evolución del comportamiento social, estamos admitiendo que este sistema jurídico penal y sus operadores son, en función de leyes obsoletas y a menudo inaplicables a ciertas situaciones, conductas delictivas predeterminadas que ni de lejos cumplen la función social por las cuales supuestamente se promulgaron.

Antes de proseguir nuestra argumentación, conviene recordar que el término paradigma se entiende comúnmente como modelo o patrón. Paradigma es la admisión social que la retórica consagró. Son valores, normas, reglas básicas de convivencia, técnicas metodológicas científicas y no científicas utilizadas para la solución de los problemas.

Sin embargo, estos valores, normas, reglas, técnicas y métodos no son inalterables, deben seguir las evoluciones sociales, en definitiva, lo que es habitualmente y moralmente admitido en la actualidad, puede no ser admitido en un futuro eminente.

Únicamente, tendiendo a reforzar la ruptura de un paradigma, podemos desarrollar nuestro trabajo de investigación. Pero ¿qué paradigma es éste? Es el paradigma que insiste en mantener desordenado el estudio del derecho y de la psicología.

Edgar Morin, al publicar una de sus obras titulada *La cabeza bien hecha, repensar la reforma, reformar el pensamiento*, plantea las preguntas sobre el daño causado por la separación de las materias que deberían ser evaluadas de manera interdisciplinar, afirmando que: “Hay, de echo, necesidad de un pensamiento: – que comprenda que el conocimiento de las partes depende del conocimiento del todo y que el conocimiento del todo depende del conocimiento de las partes; – que reconozca y examine los fenómenos multidimensionales, en lugar de separar; de manera mutiladora, cada una de sus dimensiones; – que reconozca y trate las realidades, que son, concomitantemente solidarias y conflictivas (como la propia

democracia, sistema que se alimenta de antagonismos y al mismo tiempo los regula); – que respete la diferencia, mientras reconoce la unicidad”.¹⁰⁴

Negar que ya exista una evolución en este sentido, sería negar los resultados favorables alcanzados con los esfuerzos del propio Morin y de tantos otros que dedicaron sus estudios en este sentido. Sin embargo, hay que reconocer que, lamentablemente, la mayoría de los sistemas judiciales aún están “positivamente” presos por el método mecanicista cartesiano.¹⁰⁵

A pesar de los avances logrados en la lucha contra este “paradigma jurídico”, como por ejemplo el de la inclusión de la psicología como una asignatura obligatoria en los planes de estudio de Derecho o una especialización de postgrado en la psicología del derecho, la superación de este paradigma aún ésta lejos de alcanzarse.

Por su parte, Michel Villey, en *El derecho y los derechos humanos*, considera el derecho como “una cuestión eminentemente griega”, donde “los poetas, los trágicos, los filósofos están tan obsesionados por el descubrimiento de los cosmos, de las ciudades, o de la historia humana, en un orden armónico”.¹⁰⁶ Villey considera la moral, como una fuente determinante de las costumbres.

Después de identificar los motivos causantes de los diferentes comportamientos humanos, intenta verificar cuáles de estos comportamientos ayudaron a alcanzar el objetivo pretendido, determinando desde entonces sus

¹⁰⁴ MORIN, Edgar. *A cabeça bem feita, repensar a reforma, reformar o pensamento*, 2003, pp.88-89.

¹⁰⁵ Partiendo de que el método cartesiano induce a la excesiva especialización, Morin aclara que: “El objeto de la disciplina será percibido, entonces, como autosuficiente; las relaciones y solidaridades de ese objeto con otros bienes estudiados por otras disciplinas serán olvidadas, así como las relaciones y solidaridades con el universo de lo cual él forma parte. La frontera disciplinaria, su lenguaje y sus propios conceptos separan la disciplina de las otras y con relación a los problemas que se superponen a las disciplinas” (MORIN, Edgar. *A cabeça bem feita, repensar a reforma, reformar o pensamento*, cit., p. 106).

¹⁰⁶ Villey, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p.33.

tendencias sociales, vicios y virtudes y, según Michel Villey, “en particular, lo qué es la justicia y su contrario, la injusticia”.¹⁰⁷

Para Aristóteles que definió la justicia y estableció una tipología de la justicia, no le interesó tratar el concepto de justicia como algo idealista, utópico, fantasioso, que por ser tan perfecto, acaba resultando inalcanzable. Le interesó la justicia ligada a la realidad, la justicia que, una vez analizada y comprendida, será fundamental para el perfeccionamiento del derecho en un sentido estricto.¹⁰⁸

b) Interdisciplinariedad jurídica y psíquica

Lo que venimos exponiendo ya deja entrever que defendemos la necesidad de aproximar los estudios del Derecho y los estudios de la psicología. Sostenemos la conveniencia de una interdisciplinariedad de manera que tanto psicólogos, como Juristas, continúen fortaleciendo la recién surgida Psicología jurídica.

En este sentido y según J. Popolo, se comprende la psicología forense como " El estudio desde la perspectiva psicológica de conductas complejas y significativas en forma actual o potencial para lo jurídico, a los efectos de su descripción, análisis, comprensión, crítica y eventual actuación sobre ellas, en función de lo jurídico".¹⁰⁹

Con igual interés que Aristóteles a la hora de intentar comprender los motivos que rigen nuestros comportamientos, siendo estos determinantes para el mantenimiento y la elaboración de nuevas leyes, esta especialidad de la psicología viene objetivamente a cualificar la actuación jurídica.

¹⁰⁷ Villey, Michel. *O direito e os direitos humanos. cit.*, p.37.

¹⁰⁸ Primer acto: salir de la noción de justicia predominante en nuestro círculo, de providencia idealista. La justicia sería un ideal; producto del espíritu, ser ficticio; sueño de libertad total de igualdad - en otras palabras, realización, de un futuro paradisíaco, de nuestros “derechos humanos”. Pero eso no tiene utilidad para los juristas. ¡No! Para Aristóteles, la justicia será realidad, un sector de la realidad. (Villey, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p.36)

¹⁰⁹ POPOLO, Juan H. del. *Psicologia judicial*. Mendonza: Ediciones Juridicas Cuyo, 1996, p.21.

Las normas que regulan el comportamiento social deben constituirse según los propios comportamientos sociales. Flexibles, evolutivos y variables, estos comportamientos exigen del derecho, una constante observación y perfeccionamiento.

Las contribuciones de la psicología forense deben ser bien interpretadas: pueden referirse a un caso específico o a la tendencia general de una determinada colectividad.

Debemos tener mucho cuidado con la interacción entre los conocimientos técnicos llevado a cabo por los profesionales de la psicología forense y la correcta utilización de estos conocimientos por el área jurídica. Hay que evitar el exceso.¹¹⁰

El ordenamiento jurídico de un país no puede modificarse siempre que la sociedad muestre indicios de probables evoluciones de comportamientos, incluso porque esta posibilidad representaría una absurda incongruencia para las razones que motivaron la aparición de la psicología forense y la consecuente redefinición del paradigma metódico positivista.

Los conocimientos técnicos de la psicología forense deben ser utilizados en casos específicos como, por ejemplo, en el análisis de las posibles psicopatías de un “asesino en serie”, o, deben ser utilizados en beneficio de toda la colectividad como, por ejemplo, en los estudios que estimularon la revocación del delito de adulterio previsto en el código penal brasileño hasta el año 1996, o, el reconocimiento civil del

¹¹⁰ Dada la definición del campo de actuación del profesional de psicología jurídica y todas las posibilidades analíticas de estos profesionales frente a cada caso específico, Popolo afirma que: “La propia perspectiva psicológica puede ser examinada a partir de distintos horizontes, como lo veremos en la pericia, al adoptar una perspectiva pericial multifactorial. Podemos analizar la conducta desde distintos factores: a) desde el contexto mínimo donde el hecho que se va a estudiar ha tenido lugar, b) desde su contexto grupal, de la familia de origen o de la familia actual, c) desde la conducta vista en un contexto más amplio como el de la comunidad donde la misma ha tenido lugar, y a partir de determinados constructos individuales” (Popo POPOLO, Juan H. del. *Psicología judicial*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1996, p. 22).

matrimonio entre homosexuales en muchos países de Europa, como España y Holanda por ejemplo.

Leyes que se basan en la evolución histórica y cultural de una determinada sociedad, en las características que esta sociedad presenta desde la interacción de las diferentes personalidades de sus individuos. Esto, en suma, debe ser el trabajo de los profesionales de la psicología forense, evitar que el derecho guarde silencio frente a la necesidad de estas informaciones, de estos conocimientos.

El derecho separado de los conocimientos psíquicos tiende a estratificar y clasificar las acciones de los seres humanos, estableciendo un compendio de leyes casi inflexibles y en su gran mayoría finalista, supuestamente capaces de regular cualquier acción del individuo.

Las leyes finalistas son leyes promulgadas por los legisladores que, pretenciosamente intentan corregir las consecuencias perjudiciales que el Estado, por omisión, ha acabado provocando. La pena de muerte es una ley finalista, las leyes que penalizan el aborto son leyes finalistas, las leyes que limitan la mayoría de edad penal son leyes finalistas, leyes que se amplían para hacer las penas más crueles son leyes finalistas.

Con el apoyo de la psicología forense el derecho admite la necesidad cada vez más de la utilización de las leyes preventivas, que se preocupan por adoptar políticas capaces de superar las desigualdades sociales de una región o de un país.

Las leyes preventivas evitan las actitudes del gobierno meramente represivas (finalistas), evitan que este positivismo jurídico estrecho, continúe etiquetando y reprimiendo una gran mayoría de pobres, miserables, negros, gitanos, moros y latinos.

Y ¿qué es lo que ha conseguido este positivismo jurídico? El descrédito, el miedo y el desprecio de estos pobres, miserables, negros, gitanos, moros y latinos.

Cuántas veces vemos o escuchamos a alguien afirmando que las leyes sólo valen para los pobres, o que sólo los pobres son presos en éste o en aquel país.

En base a los informes anuales disponibles a mediados de 2007 por la BJS (Agencia de Estadísticas de la Justicia), del Ministerio de Justicia de los Estados Unidos, la “*Stop the drug war*”, organización de lucha contra la droga, también norteamericana, informó de que la población carcelaria de los EEUU sufrió un nuevo récord histórico.¹¹¹

Esta parte de la población históricamente excluida será siempre el blanco de nuestras leyes finalistas. Personas que no han completado o que no han tenido acceso a la educación básica o que no han tenido una base familiar, que no han tenido oportunidades proporcionadas por el Estado, como por ejemplo la valorización humana a través de los deportes, de las artes o de cursos técnicos profesionales, serán siempre personas más vulnerables, más sensibles a la comisión de delitos.

En este sentido, reafirmamos la necesidad de conciliar cada vez más no sólo las áreas de derecho y psicología, sino las otras áreas como la filosofía, la sociología y la psiquiatría, de manera que permitan un pensamiento omnicompreensivo al servicio del bien social.

¹¹¹ De acuerdo con la dirección electrónica oficial de la “*Stop the drug war*”, según los informes de la Agencia de Estadísticas de la Justicia, a mediados de 2007:

“Las cadenas municipales retenían 780.581 reclusos y las prisiones federales en los estados contenían otros 1.518.535, lo que ascendía a algo menos de 2.3 millones de presos en los Estados Unidos el 29 de junio de 2007. En base al índice *per capita*, son casi 762 presos por 100.000 habitantes estadounidenses, más alto en comparación con los 648 por 100.000 en 2000. Los Estados Unidos continúan manteniendo su lugar de principal carcelero del mundo tanto en números reales como en índice *per capita*.

Y los negros siguen siendo excesivamente representados en los datos sobre la prisión. Los negros son aproximadamente el 13% de la población estadounidense, pero representan el 35,5% de todos los presos, informó la BJS. Casi uno de cada 20 (4,6%) fueron los negros tras las rejas, un ritmo que supera el doble de los hispanos (1,7%) y seis veces mayor que la de los blancos (0,7%)” (Stopthedrugwar.org. Penas: Población carcelaria y penal de los EEUU sufre un nuevo máximo histórico el año pasado. Disponible en: <http://stopthedrugwar.org/pt/cronica/539/prisoneiros EUA alta historica 2.3 milhoes> Acesso el 29set. 2009).

CAPITULO IV

EI DERECHO AL SERVICIO DEL

ENCANTAMIENTO

4.1. El derecho al servicio del encantamiento

¿Cuántas edades diferentes nosotros ya hemos tenido? Desde la antigüedad nos reinventamos, ahora tenemos a Dios en el centro del Universo, ahora tenemos al Hombre en el centro.

Unos hablan de período transitorio, otros de post-modernismo y muchos viven ya en una era cibernética. Y las leyes, ¿cuántas hemos tenido? Leyes tribales implícitas, leyes medievales con penas de descuartizamiento, leyes racionalistas, leyes humanizadas.

¿De cuántas maneras el mundo ha estado tratando de reinventarse a sí mismo y mejor? Los paradigmas se van superando y sustituyendo por otros que sucumbirán juntos con nuestros antiguos conflictos.

Y las leyes, ¿cuántas quedan todavía? Positivistas, humanistas, liberal humanistas, neo-liberal humanistas, cibernéticas, neo liberal cibernéticas, trascendentales, neo-liberal trascendentales.

Todo paradigma sucumbe por sus excesos, como apunta Boaventura de Sousa Santos, “la nueva racionalidad científica es también un modelo totalitario en la medida en que niega el carácter racional a todas las formas de conocimiento que no está guiadas por sus principios epistemológicos y por sus reglas metodológicas”.¹¹²

¹¹² SOUZA SANTOS, Boaventura de . *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*, cit., p.71.

La duda se manifiesta al tratar de determinar cuál de los excesos parece ser el más cruel: si los excesos cometidos en una época en que los hombres decían matar por orden de Dios, o si los excesos cometidos en una época donde los hombres continúan oprimiendo, segregando y matando, sólo que esta vez bajo la égida fundada en el racionalismo escéptico, industrial y consumista.

Nos alejamos de lo que es bello, las poesías resultan cada vez menos importantes, el rigor científico de estos casi acabados tiempos modernos, trató de anular las enseñanzas de la naturaleza. En este sentido y a favor del encantamiento, Boaventura aboga por “una despedida en búsqueda de una vida mejor en el camino de otros parajes donde el optimismo sea más fundado y la racionalidad más plural y donde, finalmente, el conocimiento vuelva a ser una aventura encantada”.¹¹³

El mundo parece estar en este momento necesitando más de poetas que de políticos e intelectuales. ¿Simplificar es también evolucionar? ¿No sería extraño imaginar que también pecamos cuándo somos muy racionales?

Si en un determinado período el mundo sufría por la falta de luz, hoy sufre por su exceso. Parece que necesitamos siempre de una razón, de una lógica indispensable para todo. Todo es realmente lógico, el problema es cuando dejamos de abrazar pensando como sería la lógica de aquel abrazo. Allí está el exceso.

Continuando por esta línea de razonamiento más “simplificado”, si imaginamos la composición estatal como idéntica a la composición familiar, atribuimos a la figura de los padres, la misma función de nuestros gobernantes y, a la figura de los hijos la misma función de los ciudadanos.

En el medio familiar existe una serie de normas de coexistencia implícitas, por lo general dictadas por las costumbres de cada región. Entre estas normas, las más usuales están relacionadas con el respeto recíproco necesario entre padres e hijos.

¹¹³ SOUZA SANTOS, Boaventura de . *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*, cit., p.74.

Los padres son totalmente responsables de sus hijos, siendo de su competencia el sustento digno y el desarrollo de éstos al menos hasta que completen la mayoría de edad, los hijos deben estudiar, hacer sus tareas de casa, alimentarse en las horas correctas, dormir temprano, etc.

Los hijos, de la misma manera que los ciudadanos, independientemente de sus comportamientos deben siempre tener sus condiciones básicas de supervivencia aseguradas, sin embargo, tanto en la organización familiar, como en la estatal, el mal comportamiento, la desobediencia de las normas reguladoras desembocarán en un castigo.

Cuando los padres o el Estado castigan, lo hacen con el propósito de castigar a quien desobedeció a alguna norma de comportamiento. Existe un entendimiento común por ambas partes con respecto a la aplicación de los castigos. Éstos no deben ser demasiado severos, ya que no deben tener sólo la función de castigar, sino principalmente la función de reeducar el desobediente.

Hasta ahora estamos mencionando funciones desarrolladas tanto por el Estado como por la familia, de manera similar. A partir de ahora, vamos a describir un comportamiento específicamente adoptado por las familias y no adoptado por el Estado.

En la familia los hijos son gratificados como una prueba de reconocimiento e incentivo al buen comportamiento. En el Estado, cuando algunos de sus ciudadanos cumplan con sus funciones y sus obligaciones más allá de las expectativas estatales, ¿cuáles son las gratificaciones que este Estado ofrece como prueba de reconocimiento e incentivo de buen comportamiento? ¿Por qué sólo la función punitiva del Estado? ¿Por qué no la función premial y de recompensa?

Nuestra actual postura es un reflejo de los traumas causados por tantas atrocidades cometidas “sin necesidad de explicación”. Asumimos un racionalismo

que nos está deshumanizando y la ciencia que está despreciando cualquier colaboración.

El derecho necesita colaboración, precisa de la buena voluntad de los hombres y mujeres de bien, necesita reinventarse adoptando actitudes que propaguen y diseminen los valores y la causa que defienda. El derecho necesita reinventarse como menos impositivo y más carismáticamente admitido.

Esta rigurosidad científica, que naturalmente asumimos, continúa como antes creando un sinfín de oprimidos, personas excluidas por la desinformación, por el analfabetismo de todos los tipos.¹¹⁴

Al igual que otras ciencias, el derecho está apagando la conciencia social de cada ciudadano, que no se encuentra motivado ni incentivado a colaborar en el bienestar de la sociedad.

Es preciso compartir la responsabilidad, despertar en cada ciudadano la importancia de sus acciones, haciendo que tengan con el conjunto social, el mismo cuidado y la responsabilidad que tiene lo suyo. Pero para que eso sea posible, es preciso valorar al hombre, engrandeciéndolo agradeciendo sus acciones y no tratándolo como un potencial infractor.

La ciudadanía está desacreditada, nos hemos acostumbrados a criticar al gobierno, como si el gobierno fuera algo distinto de nosotros. Solemos creer que independiente de lo que hagamos, nada va a cambiar.

El derecho tiene la obligación de intentar hacer que los adultos continúen creyendo en lo que creían cuando eran jóvenes, continúen teniendo fe en que pueden

¹¹⁴ "La violencia de los opresores, que también les hace inhumanos, no instaura otra vocación - la del ser menor - como distorsión del ser más, ser menor lleva los oprimidos tarde o temprano, a luchar contra quien les hizo de menos. Y esta lucha solamente tiene sentido cuando los oprimidos, tratan de recuperar su humanidad, que es una forma de crearla, no se sienten idealísticamente opresores, sino restauradores de la humanidad de ambos" (FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*, 17ª. ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1987, p.16).

de alguna forma, cambiar el mundo. La madurez no debe robar estos sueños, debe simplemente madurar la forma de alcanzarlos, tal vez demostrando que, si cambiamos un pequeño pedazo del mundo, tan grande para nosotros, hemos cambiado el mundo.

Boaventura afirma que el sentido común debe ser reencantado, argumenta que: “la ciencia moderna es una forma de saber que se afirma desencantada y desapasionada. Los métodos de distanciamiento – conceptos fríos, retórica no – retórica, literaria de las metáforas, actitudes antipsicológicas, supresión de la biografía – se encuentran entre las principales estrategias argumentativas subyacentes al desencantamiento que supuestamente garantiza la reproducción del dualismo sujeto/objeto”.¹¹⁵

Cuando hablamos de encantamiento no estamos afirmando que las emociones deben impregnar nuestros pensamientos al punto de “corromper” la razón o las razones. Nos referimos a la necesidad de aprender y de ejercer la ciudadanía con placer, de forma participativa, como alguien esencial para el desarrollo social y no como un coadyuvante, apartado, desmotivado y sin expresión.

Deberíamos incentivar la participación política, social, ciudadana, como actividades tan placenteras como el propio placer, que según Boaventura “fue, así, expulsado de la ciencia y se limitó a dos esferas aparentemente incompatibles: por un lado, al consumo de masa y a la ideología del consumismo; por otro lado, a la autonomía de la obra de arte”.¹¹⁶

Desde el comienzo de la modernidad, el principal objetivo era conciliar simultáneamente “el orden de la naturaleza y el orden de la sociedad”¹¹⁷. Apunta Boaventura que todo el potencial que el racionalismo demostraba como un

¹¹⁵ SOUZA SANTOS, Boaventura de. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*, cit, p. 114.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ SOUZA SANTOS, Boaventura de. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*, cit, p. 119.

instrumento al servicio de la emancipación “de la vida individual y colectiva,¹¹⁸ terminó convirtiéndose en un instrumento de regulación de los intereses consumistas característico de los nuevos tiempos, y de los no tan nuevos. El propósito libertario y solidario del modernismo, dio paso a un orden cruel capitalista, mantenido por el derecho moderno.

Para los esclavos, la libertad representa la mayor de las esperanzas y el mayor de los desafíos. No nos sorprendemos de que nos estemos ahorcando en nuestra propia libertad, después de todo, la libertad es definitivamente algo a que no estábamos acostumbrados.

En este contexto, conviene recordar las palabras de Paulo Freire, quien apunta que “raros son los campesinos que, al ser “ascendidos” a capataces, no se vuelven más duros opresores de sus antiguos compañeros que el jefe mismo”.¹¹⁹

Tal vez haya sido la modernidad un necesario tiempo de conflicto, y que desde ahora tengamos un poco más de tranquilidad para manejar lo que más deseamos, tal vez sólo desde ahora, que somos más maduros, enfrentemos un largo camino hasta toda la sabiduría de los inviernos.¹²⁰

El derecho y las leyes deben estar más que nunca al servicio del encantamiento. El derecho y las leyes continúan tratando hombres como animales domesticados, continúan dictando minuciosamente lo que está permitido y lo que está prohibido. La gran mayoría de los hombres continúan respetando y tratando las leyes como algo aburrido e impositivo. Al igual que los niños que sólo estudian, se alimentan o duermen temprano, porque de lo contrario, serán castigados por sus padres.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*, 17ª. ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1987, p.18.

¹²⁰ FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*, 17ª. ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1987, p.18.

La deshumanización parece ser el único ejemplo utilizado por el Estado para mantener la organización social. Lamentablemente mendigos, condenados, locos, pobres y miserables, todos los oprimidos de alguna forma, continúan siendo los mejores ejemplos al servicio del control estatal. Paulo Freire subraya que “la humanización y la deshumanización, dentro de la historia, en un contexto real, concreto, objetivo, son posibilidades de los hombres como seres inconclusos y conscientes de su inconclusión”.¹²¹

La deshumanización lleva a la obediencia de las leyes, la humanización induce a la admiración de las leyes. Valorar la acción humana, reconocer y destacar a los ciudadanos que hacen el bien, la solidaridad, el altruismo, no compromete y no disminuye la importancia de las leyes, por el contrario, estas acciones magnifican la función de las leyes.

En lugar de limitarse a obedecer las leyes porque tenemos miedo de que un día podemos convertirnos en locos, condenados o mendigos, empezaremos a admirar las leyes porque éstas valoran y ayudan a las personas a construir sus propios destinos.

a) Una ley diferente

Imaginemos una ley que de alguna forma identificara en cada localidad, de las más diferentes regiones de un país, personas dispuestas a cambiar el mundo. Una ley capaz de apoyar y crear toda estructura necesaria para que personas, que voluntariamente encantan, continúen encantando.

Pero ¿qué significa encantar en este contexto? Significa que a través de la buena voluntad, las personas utilizan sus conocimientos, sus dones, sus experiencias, para que transmitan a sus hermanos las enseñanzas que despiertan nuevos horizontes,

¹²¹ FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*, cit., p.16.

que reafirman la importancia de la paz, que valoran a los individuos y despiertan en los mismos nuevos propósitos para la vida.

Supongamos que esta ley actuara como una onda, impulsada por vientos suaves y frecuentes, proporcionando una revolución silenciosa, solidaria, sin ofensas, sin intrigas, sin conspiraciones, sin muertes y sin disparos.

Casi todos nosotros ya conocemos a alguien que dedica parte de su tiempo para ayudar a quien ésta necesitado. Incluso pintores, escultores, poetas que están felices de compartir su oficio. Los gestos simples que transforman vidas.

Una ley realmente diferente de todas las otras, una ley con el propósito de conseguir lo que las leyes más severas no consiguen. Es más fácil gobernar un país con leyes serias que ayudan a formar amigos y aliados, que con leyes que sólo consiguen formar siervos.

Tal vez muchos se preguntan si estas leyes no existen ya, si las leyes que establecen las pautas educativas de un país, las leyes que conceden exenciones e subvenciones fiscales a las empresas filantrópicas o que han adoptado algún proyecto social, no son ya leyes. Estas leyes han representado los primeros pasos para todos los cambios necesarios. Estas leyes ya existentes, son leyes que tratan de reducir las desigualdades sociales, a través de asociaciones con las personas jurídicas.

Si una determinada empresa se propone desarrollar algún proyecto social con las comunidades necesitadas que la rodean, esta empresa recibirá un incentivo del gobierno, por el hecho de querer contribuir a la mejora de su país. En la mayoría de los casos, las personas que se benefician de esta asociación entre Estado y persona jurídica, no consiguen ver más allá de los beneficios que esta empresa le está proporcionando, no consiguen asociar los incentivos del gobierno a los servicios que esa determinada empresa le está prestando.

Sin embargo, no afirmamos que este tipo de asociación no sea válida, por el contrario, apoyamos estas actitudes, ya que son de gran valor. Después de todo, estos proyectos sociales desarrollados por empresas, están de alguna forma contribuyendo a la formación de los ciudadanos, están vinculados a las actividades educativas, artísticas o deportivas.

Otro ejemplo son las Organizaciones No Gubernamentales que cuentan con incentivos y colaboraciones del gobierno, ya que también en estas organizaciones, la mayoría de las veces los servicios que prestan a la población no están asociados a los incentivos proporcionados por el gobierno.

¿En qué es diferente esta ley al servicio del encantamiento? Es diferente porque sus acciones están vinculadas directamente a la persona humana. En este caso, el derecho y las leyes no están reconociendo e incentivando a la persona jurídica, están reconociendo e incentivando a la persona física, al ciudadano, como a todos los otros ciudadanos. La ley es más conocida y admirada.

El Estado tiene el poder de movilizar a sus ciudadanos, tiene el poder de provocar manifestaciones sociales capaces de mejorar o empeorar el control social. En la Edad Media el poder del gobierno mantenía la costumbre de ejecutar a muchos de sus condenados en la plaza pública. En Roma, el Coliseo es el mayor recuerdo que heredamos de las antiguas atrocidades que se han cometido.

Las personas se aglomeraban en las plazas, jóvenes, adultos, niños y ancianos, todos juntos para ver otro espectáculo, donde el condenado era descuartizado por caballos atados a sus brazos y piernas, donde los condenados eran decapitados en las guillotinas, ahorcados y hasta quemados vivos en las hogueras.

Antes el Estado movilizaba a sus ciudadanos, ejecutando a los condenados en la plaza pública, para que sirviesen de ejemplo, para que las acciones de la tortura empleada contra sus cuerpos provocaran miedo y evitarán la comisión de futuras

acciones para quien pretendiera delinquir, o incluso, rebelarse contra la nobleza o el clero.

Irónicamente las leyes que encantan, usarían ésta misma técnica de movilización social creada por el Estado, desde la Grecia Antigua, hace más de mil años. Sin embargo, estas movilizaciones adoptarían métodos completamente diferentes. Las personas se aglomerarían en las plazas o en cualquier lugar público. Jóvenes, adultos, niños y ancianos, todos juntos para ver más espectáculos cuyo acto principal consistía en torturar o matar a alguien.

Ahora, se trataría de presenciar demostraciones de cariño, de respeto, de reconocimiento y gratitud, ofrecidas por el Estado para alguien con muchos méritos. Se aglomerarían para presenciar los frutos cosechados por quien haya sembrado y siembra el bien, la solidaridad y la compasión.

Un país que mediante sus gobernantes, homenajeara a uno de sus ciudadanos, a un hombre o a una mujer simple como cualquier otro ciudadano, que por sus meritorias acciones se convirtió en alguien admirado. Públicamente Serían éstos, los tipos de comentarios que marcarían durante meses y años, las charlas por todos los rincones de esa localidad.

En los bares, en las oficinas públicas y privadas, campos y calles, la historia de un cierto señor o de una cierta señora serviría de ejemplo, de motivación para los que llevan a cabo acciones similares, para los incrédulos en la bondad humana y para los que todavía buscan un sentido para la vida.

b) Amabilidad genera amabilidad

¿Cuántas veces determinados acuerdos evitaron que “parte del mundo o de todo el mundo” fuera destruido accionando un simple botón? ¿Cuántas veces una

iniciativa, tuvo más valor que mil palabras? Las buenas y las malas acciones, los buenos y los malos ejemplos, tienen el poder de ser contagiosos, de despertar en los otros querer ser igual, ser también temido, ser también admirado.

Esta ley al servicio del encantamiento no tiene el propósito de suplir heroicamente las deficiencias del gobierno, asumiendo el papel de la escuela o de los centros de formación profesional. Esta ley tiene por objeto “con pasión” dar un ejemplo más de cómo se puede mejorar el mundo.

No existe, por tanto, la absurda pretensión de pretender atender, mediante los distintos proyectos sociales diseñados por esta ley, a todas las personas, a todos los ciudadanos. Esta ley no trata de la necesidad apremiante de alimentar la carne, trata de la necesidad de alimentar el espíritu, el alma y, por consiguiente, de despertar en las personas la conciencia de que ellas mismas tienen el poder de generar sus propios alimentos.

Esta ley no tiene la preocupación de enseñar a leer y escribir, sino que pretende demostrar a las personas la independencia que conquistamos, los valores que adquirimos y las infinitas posibilidades que podemos hacer surgir cuando realmente leemos y escribimos.

¡No son las joyas las que conquistan el alma! Esta ley no dispondrá de un presupuesto extravagante; sólo lo suficiente para “encontrar encantadores, implantar y mantener pequeñas estructuras para grandes sueños”. En cada región del país, en localidades estratégicamente escogidas, en el centro de las miradas del mayor número de personas capaces de irradiar e involucrar a más ciudadanos gente..

Muchas acciones solidarias son válidamente planificadas y ejecutadas durante el año en todo el mundo, especialmente en los países más pobres. Acciones que la mayoría de las veces se llevan a cabo en casos de emergencia para remediar un mal que se ha extendido, como es la distribución de preservativos para evitar que el virus

del SIDA siga infectando o en la distribución de suministros de alimentos para reducir el número de personas que mueren de hambre todos los días en países como Somalia.

Esta ley al servicio del encantamiento, derivará en beneficios que podrían surgir como fuentes inagotables y liberadores. Serán beneficios que no se perderán en el tiempo y con las necesidades básicas fisiológicas de las personas. Porque los beneficios aportados por la lectura y la escritura y, sobre todo, por el despertar espiritual, son para siempre, incitando en las personas la conciencia de que pueden ayudarse mutuamente.

El Derecho al servicio del encantamiento utiliza el inevitable proceso de interacción social entre las personas, para que de esta forma, como ya se ha dicho, pueda crear una estructura capaz de despertar en las personas la conciencia de que ellas pueden ayudarse mutuamente, compartiendo sus experiencias, sus conocimientos, sus razones de vivir. Seguidamente vamos a intentar explicar cómo funciona este proceso de interacción social.¹²²

Arthur Ramos, en su obra “Introducción a la psicología social”, nos ayuda a comprender que tres factores, “íntimamente conexos e interdependientes”,¹²³ son los responsables de la formación de la identidad social. Estos procesos implican la formación y el mantenimiento de la identidad social a través de estos tres factores: la

¹²² Aroldo Rodrigues aclara que: ““La Psicología Social estudia las manifestaciones conductuales que surgen de la interacción de una persona con los demás, o por la mera expectativa de tal interacción. A excepción de la legendaria figura de Robinson Crusoe y de ermitaños, todos los seres humanos vivimos en un constante proceso de dependencia e interdependencia con relación a nuestros semejantes. Un apretón de manos, una reprimenda, un elogio, una sonrisa, una mirada de una persona en dirección a otra suscitan en esta última una respuesta que caracterizamos como social. A su vez, la respuesta emitida servirá como un estímulo a la persona que lo causó, creando a su vez un comportamiento diferente de esta última, estableciendo así el proceso de interacción social”.

. (Rodrigues, Aroldo. *Psicologia Social*. 16ª. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1996, p. 19).

¹²³ RAMOS, Arthur. *Introdução a psicologia social*. 4. ed. São Paulo, SP: Casa do psicólogo, 2003. p. 97.

sugestión, la imitación y la simpatía, que sólo son posibles gracias a la interacción mental de al menos dos individuos.¹²⁴

La imitación es el factor más evidente y la última etapa de todo el proceso de interacción mental, a la vez que la imitación tiene como base la sugestión como el factor de base intelectual, y la simpatía como el factor de base afectiva.¹²⁵ “Todo, en último análisis, será imitación, si consideramos no sólo su manifestación motora, sino también sus aspectos inconscientes, cognitivos o afectivos”.¹²⁶

A partir de la uniformidad, el comportamiento social y de la interacción entre individuos, tendríamos como base estos tres factores inseparables y absolutamente interdependientes. Cuando interactuamos con otras personas, buscamos una uniformidad entre ideas y sentimientos.

Para entender mejor este concepto de uniformidad que nos ocupa, basta que recordemos, cómo, en ocasiones, casi inmediatamente después del inicio de un dialogo, nos identificamos con alguien o, por el contrario, no conseguimos identificarnos con sus ideas y su forma de sentir, ejercitando la paciencia y la tolerancia, frente a una realidad contraria a la que tendríamos que uniformarnos.

Arthur Ramos, presta especial atención a la simpatía: “Es un proceso de identidad sentimental entre los individuos del grupo”. Nos aconseja que para una mejor comprensión de este factor, debemos dividirlo en tres especies distintas.

La primera especie es la “simpatía, contagio de sentimientos” o “simpatía orgánica” y, está directamente ligada a las necesidades y actitudes más apremiantes e impulsivas del ser humano, donde percibimos, nos comprometemos y compartimos con más facilidad las alegrías o los sufrimientos de los otros. Ramos ejemplifica esta primera especie de simpatía, al relatar que: “un animal del grupo emite un grito de

¹²⁴ RAMOS, Arthur. Introdução a psicologia social, cit., pp. 96-98 .

¹²⁵ RAMOS, Arthur. *Ibidem*.

¹²⁶ RAMOS, Arthur. Introdução a psicologia social, cit., p. 97-98 .

miedo, este grito excita el impulso a la fuga de los animales. Los niños y los adultos, en determinadas circunstancias, también presentan esta modalidad de simpatía. Cuando una persona se presenta con una fisonomía de cólera, o de alegría, hay una tendencia en las otras para el contagio de estas emociones”.¹²⁷

Esta especie de simpatía no puede ser entendida como un factor determinante para el desarrollo de sentimientos altruistas, ya que existen personas capaces de conmoverse con enorme facilidad, pero que ni por eso dejan de ser egoístas, individualistas.

La segunda especie es la simpatía “de sentir por los otros” y según el autor, “esta simpatía no expresa “sentir como los otros sienten”; son emociones que acompañan las expresiones de los instintos vinculados a la vida de la familia y del grupo, en general.”¹²⁸

Esta especie de simpatía difiere básicamente de la “simpatía orgánica”, en lo que se refiere a su campo de actuación, de manera que en esta segunda especie el campo de actuación es más restrictivo, limitándose a los familiares y a un grupo determinado, definido por Ramos como iguales, agrupados por ejemplo, por el sentimiento de la amistad.

También en esta especie de simpatía, el egoísmo no es un sentimiento aislado, a la vez que hay, también, una base afectiva más perfeccionada y fortalecida entre los individuos, que será la que la prepare para la llegada del altruismo.

Entendemos que este vínculo interdisciplinar entre el derecho y la psicología tiene como principal objetivo, poner de manifiesto lo que la inmensa mayoría de los legisladores debería conocer antes de diseñar un ante proyecto de ley. Sin embargo, no es así. Ignoran las relaciones entre el comportamiento social humano, las virtudes

¹²⁷ RAMOS, Arthur. *Introdução a psicologia social*, cit., p. 143 .

¹²⁸ RAMOS, Arthur. *Introdução a psicologia social*, cit., pp. 143-144 .

inherentes o no inherentes de la interacción mental entre éstos y la formación de la identidad social.

¿Cuáles los beneficios del altruismo? Es cierto que todos sabemos que una acción para considerarse altruista, debe caracterizarse “como un comportamiento cuya finalidad es hacer bien a los demás sin esperar recompensa”.¹²⁹

Sin embargo, generalmente actuamos esperando una contra partida. En el caso referente a los altruistas, el beneficio que se obtiene es el de sentirse bien por poder ayudar y traer un poco más de alegría. ¿Qué es lo que impulsa a las personas para hacer el bien? ¿Es natural este deseo de ayudar?

Esta ley al servicio del encantamiento actuaría permitiendo que los “encantadores” contaran con una estructura suficientemente capaz de permitirles encantar desde la simpatía orgánica, hasta la tercera y más importante especie de simpatía, la simpatía reflexiva o racional.

La tercera especie de simpatía es cualificada como la simpatía reflexiva, que como apunta Arthur Ramos: “La simpatía racional es, desde luego, la forma más valiosa de simpatía en todas las más altas fases del desarrollo social, porque es controlada por la razón. Ha sido uno de los agentes capitales más activos en la construcción de las más altas formas del sentimiento social y altruista, que ha caracterizado las civilizaciones más desarrolladas”.¹³⁰

Aun a riesgo de contradecir la afirmación que habíamos realizado en páginas anteriores sobre que no pretendíamos que esta ley al servicio del encantamiento atendiese a través de sus distintos proyectos sociales idealizados, a todos los ciudadanos, afirmamos ahora que ésta ley al servicio del encantamiento, alimenta la voluntad de querer ayudar y mejorar el mundo.

¹²⁹ Rodrigues, Aroldo. *Psicologia Social*. 16ª. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1996, p.334.

¹³⁰ RAMOS, Arthur. *Introdução a psicologia social*, cit., pp. 145.

Nos estamos refiriendo a una ley que contará con la voluntad que una persona tiene para ayudar a otra, de una ley capaz de crear pequeñas estructuras, en la que encantadores enseñarán y provocaron un despertar espiritual, que provoque en algunas personas una evolución capaz de alcanzar el más elevado grado de simpatía, de voluntad y satisfacción altruista, infinitivamente contagiosa, alcanzando muchos corazones, muchas mentes, tantas dolores, tantas tristezas, tantas angustias, tanta desesperación.

c) Cómo funcionaría esta ley al servicio del encantamiento

Sería una ley válida para todas las regiones, para todas las ciudades, para cualquier localidad de un país, priorizando obviamente los lugares más pobres y violentos, con tasas elevadas de analfabetismo, de natalidad y mortalidad infantil. En resumen, esta ley empezaría por los más necesitados.

Esta ley dispondría de algunos equipos, estratégicamente distribuidas, cubriendo todas las regiones del país, que estarían integrados por antropólogos, sociólogos, relaciones públicas, y psicólogos, todos debidamente cualificados para que identifiquen a los potenciales encantadores, constituyan y conduzcan el plan de encantamiento.

La ley determinaría un número limitado de planes de encantamiento, para determinados casos concretos. Podríamos diferenciar dos tipos diferentes:

El primero sería utilizado para los casos donde el encantador ya existiera y fuera públicamente admirado en su comunidad. En este caso el equipo después de organizar una ceremonia de homenajes ofrecidos por parte del Estado, pondría en marcha un plan para estructurar y desarrollar mejor el encantamiento que ya existía.

El segundo sería utilizado para los casos donde aún no hubiera el encantador, pero que ya se hubiera identificado potencialmente. El equipo se ocuparía de crear todas las condiciones que permitan la formación del encantador, para después implantar un plan específico donde pudiera encantar.

Conviene destacar que esta ley tiene como objetivo encontrar a personas que encanten, dándoles un merecido homenaje y permitir que este encantamiento continúe. El encantador debe reunir una serie de características muy diferentes del simple hecho de que esta o aquella persona tenga un coeficiente intelectual elevado, y del hecho de que ya realice alguna actividad solidaria.

El Encantador debe mostrar la actitud de “cambiar el mundo”, es decir, debe ser solidario “por vocación”, debe utilizar sus conocimientos, sus dones, sus experiencias, para transmitir a los encantados, a sus hermanos, las enseñanzas que despierten nuevos horizontes, que reafirmen la importancia de la paz, que valoren los individuos y cree en éstos, nuevos propósitos para la vida.

De esa manera, no basta con que los alumnos del sistema educativo público o privado tenga buenas calificaciones, para que éstos sean considerados como probables encantadores. Definitivamente, la “intelectualidad” no es un requisito determinante.

Cuántas historias ya hemos escuchado acerca de personas que, incluso sin saber leer o escribir, han sido socialmente admitidos como asesores e incluso como sabios en las comunidades donde viven. Personas que tiene el placer de contar historias, de preservar y mantener los buenos hábitos culturales, sin dejar de lado o permitir que los malos hábitos culturales sean olvidados.

Los homenajes y los planes estructurales de apoyo y desarrollo, contemplados en esa ley, no tiene el propósito de crear planes estructurales épicos. Esta ley será sencilla, rechazando la megalomanía.

Pretende constituir acciones simples, pero no por ello menos eficientes. Se desarrollará a través de dos etapas: primero, la movilización social que estas acciones estatales provocarán en actitudes iniciales, con los homenajes y, segundo, con el ejemplo y apoyo permanente a los ciudadanos.

Se trata de mentalizar a una comunidad rural donde la gran mayoría de sus habitantes son pobres y analfabetos; su vida se desarrolla al margen de las artes plásticas, del cine y de las demás maravillas, ajenos al proceso de la globalización e ignorantes de las garantías fundamentales que les corresponde como ciudadanos.

Supongamos que en esta comunidad rural existe un agricultor que lucha, dispuesto a transmitir de buena gana la mayor parte de sus conocimientos. Imaginemos, que el poder público haya decidido reconocer sus méritos y altruismo por lo que crea una pequeña cooperativa donde este agricultor recibirá un incentivo económico para continuar transmitiendo sus conocimientos. Ello le permitirá llevar algo de esperanza a todas aquellas personas tan humildes y necesitadas tanto como él.

4.2. Todo o nada (positivismo jurídico)

Amar y odiar son sentimientos que abundan en la complicidad y en el secreto de las existencias.

También nos movemos impulsados por sentimientos encontrados. Conceptos y pasiones diferentes, que se reflejan en distintas convicciones políticas y religiosas. Lo mismo sucede con ciudadanos y naciones enteras divididos entre capitalistas o comunistas, católicos o protestantes, incrédulos o fanáticos y, todavía hoy en día, impuros o arios, blancos o negros, hombres o mujeres, homosexuales o heterosexuales.

Pero ¿qué hay de erróneo en todo eso? Somos racionales, ¿seres pensantes y ¿por ello, conflictivos? Pero y ¿cuándo matamos a alguien porque amamos u odiamos a otros? Y ¿qué papel juega el positivismo y el no positivismo jurídicos?

Precisamos amar u odiar, aceptar o negar informaciones, evaluar y comparar como ciertos o erróneos los entendimientos, porque este ejercicio de comparación entre pasión y razón es fundamental para nuestra lectura del mundo.

Ese entendimiento social habitualmente joven y apasionado lleva a los ciudadanos y a todas las naciones a los extremos, al todo o nada, a la paz o a la guerra, a la intolerancia, al fanatismo de todos los tipos. Y, finalmente, es este entendimiento social habitualmente joven y apasionado el que reclama la justicia, el derecho y las leyes, a los perezosos equívocos, al ostracismo de sus razones motrices y, por consiguiente, a la aparición de las ilegalidades y de las injusticias imperceptibles.

Comportamientos extremos son señales de grandes cambios, de cambios de paradigmas, de cambios de época, del inicio de una gran guerra o de un largo período de paz, los extremos han sido y siguen siendo esenciales para la motivación y la aparición de todas las grandes transformaciones.

En este sentido afirmamos que todo tiene su tiempo. El optimismo naturalista y el iusnaturalismo durarán hasta que todos se despiertan y se indignen con la falta de respuestas “lógicas y convincentes”; el racionalismo y el positivismo jurídico han llegado o parecen haber llegado al fin, frente a sus rigores metodológicos, por consiguiente inhumanos y erróneos.

Los extremos se atraen. El exceso naturalista seduce al positivismo y el exceso positivista seduce al naturalismo. De ahí que incluso Souza Santos parece buscar un punto de equilibrio entre estos dos extremos, cuando defiende “una despedida en busca de una vida mejor a partir de otras paradas donde el optimismo

sea más fundado y la racionalidad más plural y donde, finalmente, el conocimiento vuelva a ser una aventura encantada”.¹³¹

Y ¿qué es lo que sustituirá al racionalismo y al positivismo jurídico? Y ¿qué papel desempeñará el derecho y las leyes? Tanto el derecho como las leyes pueden buscar el apoyo en los movimientos multiculturales e interdisciplinarios de este nuevo siglo, vinculando cada vez más al derecho, los conocimientos proporcionados por la sociología, filosofía, antropología, por la física y especialmente por la psicología, fundamentales para la comprensión del comportamiento social humano y, por consiguiente, para el equilibrio que debe existir frente a los motivos sociales que se determinan a partir de la aparición de la aplicación de las leyes.

¿Porque tenemos siempre que estar en un lado o en otro? ¿Por qué no podemos ser al mismo tiempo un poco marxistas y weberianos, capitalistas y comunistas, iusnaturalistas y iuspositivistas? ¿Por qué no podemos ser un poco de todo de lo que todas las cosas buenas nos ofrecen?

Conviene que nos detengamos en las aportaciones del neopositivismo de Hans Kelsen, de Herbert Hart y de las alternativas al positivismo jurídico como propone R. Dworkin. Prestaremos especial atención a los maleficios que la “vanidad científica” aporta al desarrollo de la ciencia misma.

a) Todo

John Austin, como exponente de La Escuela analítica inglesa y Hans Kelsen y Herbert L. Hart, exponentes del neopositivismo, fueron autores que a diferencia de Ronald Dworkin, desarrollaron sus estudios jurídicos apoyados en la vertiente positivista, donde la observación de los hechos sociales, de las realidades concretas y

¹³¹ SOUZA SANTOS, Boaventura de. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*, cit, p. 74.

la tipificación legal del mayor número posible de conductas socialmente inadmisibles, representan muchos de los principales objetivos.

Dworkin es un crítico del modelo positivista, especialmente porque cree que el positivismo acaba alejando del mundo jurídico, todas las contribuciones que los principios, la moral y sus valores pueden prestar.¹³² Dworkin critica que la regla de conocimiento de Hart no reconoce los principios políticos y morales, ya que se basa sólo en criterios formales de validez. El sistema jurídico, especialmente los “casos difíciles” resultan extremadamente comprometidos. Rechaza que en estos casos, los jueces se limiten a dicta sentencia recurriendo a la discrecionalidad.¹³³

Austin, Kelsen y Hart, utilizan los conceptos de hábitos, mandatos y normas como dictámenes de obediencia forzosa,¹³⁴ representando una coacción jerárquica y dictatorial, con normas rígidas. Hart añadirá las reglas secundarias, destacando la regla de reconocimiento pero continuará siendo sólo un soporte abstracto: “La raíz del fracaso es que los elementos con que se ha construido la teoría, a saber las ideas de órdenes, obediencia, hábitos y amenazas, no incluyen, ni tampoco pueden producir mediante su combinación, la idea de regla, sin la cual no podemos abrigar la esperanza de elucidar ni siquiera las formas más elementales de derecho”.¹³⁵

Hart es calificado como un nuevo positivista, desarrollando su teoría desde el concepto de reglas primarias y reglas secundarias, que serían legítimamente aceptadas y actualizadas, sin necesidad de una coacción forzosa: “Mandar es característicamente ejercer autoridad sobre hombres, no el poder de causar daño, y aunque puede ir combinado con amenazas de daños, un mandatos no es primariamente una apelación al miedo sino al respeto a la autoridad”.¹³⁶ Hart criticaba que los positivismos de Austin y Kelsen, a través de coerciones y mandatos,

¹³² DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 6

¹³³ DWORKIN, Ronald. *Ibidem*.

¹³⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª ed., São Paulo : Martins Fontes, 1998, p. 23.

¹³⁵ HART, Herbert L. *El concepto del Derecho*. 2ª ed., Trad. de G. R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, p.101.

¹³⁶ HART, Herbert. *El concepto del Derecho*, cit., p.25.

sólo consiguieran alcanzar un modelo simple de positivismo, representado por la fuerza. Para Hart, el derecho debe ser separado de la fuerza y legítimamente establecido.¹³⁷

Hart afirma que, a diferencia de los mandatos y hábitos anteriormente defendidos, las reglas jurídicas primarias y secundarias son capaces de controlar el ordenamiento jurídico, ya que, mientras los mandatos representan órdenes individualizados y los hábitos una adopción contumaz de comportamientos favorables y oportunos, las reglas jurídicas son deberes de aplicación general, establecidos con la aquiescencia popular y a través de reglas secundarias que evalúan constantemente la aceptación popular, los cambios y las evoluciones que las reglas primarias necesitan.¹³⁸

La coacción de los mandatos “se fundamenta” simplemente por la fuerza, por la amenaza, o, por la jerarquía; por su parte, la “coacción” de las reglas ésta fundamentada en el bienestar social, siempre ligada a un querer plural, cuya voluntad de la gran mayoría confiere a este tipo de “coacción” institucionalizada (reglas secundarias de Hart), una autoridad legítima, democráticamente aceptada y defendida.

Los mandatos pueden cambiar las reglas jurídicas, siempre que la subordinación tácita y el miedo evolucionen hacia una aceptación expresa y valorativa de la otra. Hart criticaba el iusnaturalismo porque éste tendía a equiparar el derecho a la moral, especialmente a la moral de los dogmas religiosos injustificables y absolutistas.

Sin embargo, la moral “inmune” a la influencia religiosa y absolutista, retoma un papel fundamental como divisor de aguas entre los conceptos que distinguen los modelos simples de los positivismos de Austin y Kelsen, del nuevo modelo

¹³⁷ HART, Herbert. *El concepto del Derecho*, cit., p. 26.

¹³⁸ HART, Herbert. *El concepto del Derecho*, cit., p. 101

positivista de Hart y del modelo de Dworkin, representando un post-positivismo jurídico.

La moral como sinónimo de aceptación social valorativa confiere al derecho una impresión diferente de la del antiguo positivismo (vinculado a la fuerza). Pero ¿será que el derecho podrá algún día conseguir que sea respetado sin una coerción forzosa?

Dejemos entonces que las palabras de Kelsen apacigüen o pongan aún más nuestras dudas: “Al lado de las normas jurídicas, sin embargo, hay otras normas que regulan la conducta de los hombres entre sí, esto es, normas sociales, y la ciencia jurídica no es, por tanto, la única disciplina dirigida al conocimiento y a la descripción de las normas sociales. Esas otras normas sociales pueden ser abarcadas bajo la designación de Moral y la disciplina dirigida a su conocimiento y descripción puede ser designada como Ética. En la medida en que la Justicia es una exigencia de la Moral, en la relación entre la Moral y el Derecho está contenida la relación entre la Justicia y el Derecho”.¹³⁹

Kelsen en el capítulo II (Derecho y Moral), de su libro *Teoría Pura del Derecho*, se refiere a los “intereses egoístas”, que serían tendencias características de que todos los hombres se mueven por intereses más fuertes. Estos intereses además de “contradecirse mutuamente”, no permiten que ningún orden social se establezca sin respetar tales inclinaciones.¹⁴⁰ En cuanto al orden social, kelsen afirma que “sólo él puede, si quiere ser eficaz, crear para el individuo la tendencia o el interés de llevarse en armonía con el orden social y oponerse a las tendencias o a los intereses egoístas que, a falta del mismo, actuarían”.¹⁴¹

¹³⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, cit., p.42.

¹⁴⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, cit., p. 43.

¹⁴¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, cit.,p.44.

Lo mejor es “crear para el individuo la tendencia o interés de llevarse en armonía con el orden social”¹⁴², lo que nos remite al proceso de la interacción social, abordado en el capítulo IV de esta Tesina, donde el psicólogo social Arthur Ramos se refería a los tres factores de la formación de la identidad social: imitación, sugestión y simpatía.¹⁴³

El concepto de moral “inmune” a la religiosidad acaba transformándose en un aliado fundamental del positivismo y de su mantenimiento frente a los dictámenes sociales.¹⁴⁴

A diferencia de las reglas jurídicas, las reglas morales parten de una interiorización del ser humano. Burlar las reglas morales equivale a burlarse de los propios valores. De esa forma, conferir a las reglas jurídicas tanta importancia equivale conferir al control social y al sistema jurídico toda el análisis psicológico del comportamiento humano. Se favorecería la aparición de “mecanismos de control fríos y imprecisos, como la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva”.¹⁴⁵

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ La simpatía, especialmente la simpatía racional “es, desde luego, la forma más valiosa de simpatía en todas las más altas fases del desarrollo social, porque es controlada por la razón. Ha sido uno de los agentes capitales más activos en la construcción de las más altas formas del sentimiento social y altruista, que ha caracterizado las más adelantadas civilizaciones” (RAMOS, Arthur. *Introdução a psicologia social*, cit., p. 145).

¹⁴⁴ En este sentido, *vid.* N. Beloso Martín, cuando afirma: “puede decirse que las dificultades de prueba de los hechos psicológicos pueden hacer que un sistema jurídico no permita investigar los estados mentales efectivos de los individuos y en vez de ello se utilicen criterios “objetivos”, según los cuales se supone que una persona posee la capacidad necesaria para adoptar las precauciones propias de un “hombre razonable”. Contrariamente en el ámbito moral, afirma de forma sincera y real, “no pude evitarlo es una excusa moralmente valida” (BELLOSO MARTÍN, Nuria. “Teorías normativistas y nuevas perspectivas para el positivismo”. En M.A. Rodilla González y J.A. Ramos Pascua Coordinadores., *El positivismo jurídico a examen*. Estudios en Homenaje a J. Delgado Pinto. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Salamanca, 2006, pp.781-802).

¹⁴⁵ BELLOSO MARTÍN, Nuria. *Ibidem*.

b) Nada

Partiendo de los conceptos establecidos por Hart sobre lo que serían las reglas primarias, las reglas secundarias y la subdivisión de estas últimas reglas de reconocimiento, de cambio y de adjudicación, no es difícil percibir lo limitadas que son las teorías sobre los sistemas jurídicos que surgen sin ningún apego al análisis psíquico del comportamiento humano.

Lo que Hart conceptúa como reglas secundarias son, sin dudas, las condiciones apremiantes del desarrollo social de cualquier grado, de mayor a menor altura. Resulta errónea la idea de que estas sociedades pre-jurídicas, por el hecho de que supuestamente no ejerciten tales reglas secundarias, estarían condenándose a las limitaciones de su propio primitivismo. La evolución de estas sociedades es un indicio de que estas reglas secundarias nunca dejaron de existir.

¿Será que podrían evolucionar las sociedades primitivas sin que estas reglas secundarias, o mecanismos, hubieran existido realmente?

Las reglas sólo existen y son respetadas si se aceptan por la colectividad. Sin embargo, las diferentes formas como se transmiten y que sustentan los procesos de alienación, son características de las dos sociedades, de las “más” y de las “menos” evolucionadas.

Las reglas, implícitas o explícitas son siempre mudables, como mudables son los hábitos, como mudables son las costumbres, porque no es conveniente que no alejemos del entendimiento del proceso de formación, mantenimiento y transformación de las reglas, el entendimiento del proceso de formación, mantenimiento y transformación de los hábitos y costumbres, de la misma manera que no fue conveniente para René Descartes que fundará un sistema que desconectó los males emocionales, de los males de la carne.

Por último, cuando la colectividad, a través de su mayoría, acepta y adopta una regla social, explicitada a través de constituciones y códigos, o, implícita cuando se graba en la mente, esta misma colectividad también provocando una “coacción” institucionalizada por voluntad de todos, que conduce a la obediencia individual y social de la nueva regla.

Cuando Hart afirma que hay ciertos principios de conducta humana que deben ser descubiertos por la razón de los hombres, con los que el derecho elaborado por éstos debe concordar para ser válido”,¹⁴⁶ ésta reclamando que no debemos olvidar las contribuciones aportadas por modelos pasados. “Tales principios de conducta universalmente reconocidos que tienen una base en verdades elementales referentes a los seres humanos, a su circunstancias natural, y a sus propósitos, pueden ser considerados como el contenido mínimo del Derecho Natural, en contraste con las construcciones más grandilocuentes y más controvertibles que a menudo han sido enunciadas bajo ese nombre”.¹⁴⁷

El derecho ¿puede ser concebido y ejecutado sin la obligatoria aquiescencia de criterios morales? Un sistema jurídico que desprecia todas las contribuciones que los criterios morales ofrecen, nos parece estar condenado al retroceso del absolutismo de épocas pasadas.

Con ya hemos indicado anteriormente, conferir a las reglas jurídicas toda la importancia y dedicación que nosotros destinamos a nuestros propios valores (valores morales), es lo mismo que conferir al control social y al sistema jurídico, todo el análisis psicológico de la coexistencia humana, ignorado hasta ahora por el positivismo.

¹⁴⁶ HART, Herbert. *El concepto del Derecho*, cit., p. 230.

¹⁴⁷ HART, Herbert. *El concepto del Derecho*, cit., p. 239.

c) Una tormenta en un vaso de agua y alguna señal de bonanza

Dworkin es un crítico del positivismo jurídico, principalmente por la rigidez legal de las decisiones judiciales frente a los casos más difíciles de resolver, que pueden derivar de las llamadas “lagunas legales” que el propio positivismo produce.¹⁴⁸

Dworkin, en su libro *Una Cuestión de Principio*, destaca la importancia que la definición del “Estado de Derecho” ejerce sobre el ordenamiento jurídico, ya que según él, el Estado de Derecho suele ser visto como un ideal político que debe ser defendido por el ordenamiento jurídico; sin embargo, la diferencia estriba en la fama en cómo se debe comprender este ideal.

Apunta dos concepciones muy distintas sobre lo que sería este Estado de Derecho: “La primera es la que llamaré concepción “centrada en el texto legal”. Ella insiste en que, en la medida de lo posible, el poder del Estado nunca debe ser ejercido contra los ciudadanos individuales, sino conforme a las reglas explícitamente establecidas en un conjunto de normas públicas a disposición de todos. El gobierno, así como los ciudadanos comunes, deben actuar según estas reglas públicas hasta que ellas sean alteradas, conforme a las reglas adicionales sobre cómo deben ser alteradas, que también son especificadas en el conjunto de normas. La concepción centrada en el texto jurídico es, como yo lo veo, muy limitada porque no estipula nada con respecto al contenido de las reglas que pueden ser plasmadas en el texto jurídico. Hace hincapié en que, independientemente de las normas, las reglas puestas en el “libro de reglas”, deben ser seguidas hasta ser modificadas”.¹⁴⁹

A partir de esta fundamentación vamos a reafirmar la rigidez legalista inevitable y la aparición de las tan comentadas “lagunas del derecho”, frente a este tipo de positivismo rígido e intransigente en la práctica.

¹⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 7.

¹⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *Ibidem*.

En cuanto a la segunda concepción del Estado de Derecho, Dworkin aclara: “Llamaré la segunda concepción del Estado de Derecho como “centrada en los derechos”. En muchos sentidos, es más ambiciosa que la concepción centrada en el libro de reglas. Presupone que los ciudadanos tienen derechos y deberes morales entre sí y derechos políticos ante el Estado como un todo. Insiste en que esos derechos morales y políticos sean reconocidos en el Derecho positivo, para que puedan ser impuestos en el tiempo de la exigencia de ciudadanos individuales a través de tribunales y otras instituciones judiciales del tipo conocido, en la medida en que eso sea practicable”.¹⁵⁰

Si permitimos la continuidad de este modelo jurídico positivista, o si no nos preocupamos por una evolución responsable de este positivismo, capaz de acompañar racionalmente la evolución del comportamiento social, admitimos que este sistema jurídico y sus operadores continúen sustentando las leyes (reglas) sobrepasadas, “etiquetas”.

Incluso el más conservador de los positivistas acaba por admitir que el positivismo tiene limitaciones y que por ello, tiene que crear de alguna forma un mecanismo de flexibilidad para evitar que sus estructuras corran el riesgo de resquebrajar por exceso de rigidez. De ahí que hasta el propio Hart defendiera, en su *Post-scriptum*, un positivismo *soft*, tan invocado de las teorías de Dworkin.

Los propios Kelsen y Hart dan ejemplo de esa flexibilidad, ya que, encontraron mecanismos capaces de dar alguna maleabilidad al rígido hormigón armado de sus modelos positivistas. Tanto Kelsen, como Hart dejan claros estos mecanismos de flexibilidad, al admitir en sus propuestas, desde un cierto grado de abstracción, hasta un rescate del empirismo típico del derecho natural.

¹⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, cit., p.7.

¿De dónde viene la tormenta en un vaso de agua? Procede de la ignorancia prepotente de iusfilósofos que, con sus tesis, reafirman el paradigma que tiende a alejar los conocimientos psicológicos de la creación y mantenimiento los modelos jurídicos y positivistas. Utilizan conceptos como instintos, abstracción, innatismo, empirismo, moral, discrecionalidad, mandatos, normas y reglas, sin un conocimiento adecuado de la psicología y, a veces, ligera bien sea para justificar sus afirmaciones o para atacar y condenar las afirmaciones de otros.

Según la psicóloga Marilena Chauí: “El innatismo afirma que nacemos trayendo en nuestra inteligencia no sólo los principios racionales, sino también algunas ideas verdaderas, que por eso, son ideas innatas. El empirismo, al contrario, afirma que la razón, con sus principios, sus procedimientos y sus ideas, es adquirida por nosotros a través de la experiencia. En griego, experiencia se dice: *empiria* – donde, empirismo, conocimiento empírico, es decir, conocimiento adquirido a través de la experiencia”.¹⁵¹ En cuanto a la moral, sostiene que: “Toda cultura y cada sociedad instituye una moral, es decir, los valores concernientes al bien y al mal, a lo permitido y a lo prohibido y a la conducta correcta, válidos para todos sus miembros”.¹⁵²

Consideremos, pues, algunas de las supuestas contradicciones existentes en la teorías tanto de Hart como de Dworkin. Si los principios morales constituyen una guía no sólo de las reglas y del derecho, sino también de la propia conducta social, ¿cómo podrían estar apartados del criterio evaluador utilizado por las normas de reconocimiento de Hart?

La regla de reconocimiento de Hart, ejerciendo su papel de regla secundaria, ¿podría valerse sólo de criterios formales de validez? ¿No necesita ser examinada o valorada por los principios morales sociales?

¹⁵¹ SOUSA CHAUI, Marilena de. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2000. p. 85.

¹⁵² SOUSA CHAUI, Marilena de. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2000. p. 436.

¿Cuál es el grado absurdo de imparcialidad, que concede a un Juez el inimaginable poder de ejercer la discrecionalidad ante los “casos difíciles”, sin hacer uso de los valores morales que ayudaron a formar su propia personalidad?

No nos conformamos con un uso meramente superficial de los conceptos de instinto, abstracción, innatismo, empirismo, moral, discrecionalidad, mandato, normas y reglas, para justificar o atacar las diversas tesis. Reclamamos la presencia de la psicología social, para entender el proceso de la interacción humana.

¿Cuál podría ser el modelo más completo, científicamente más bien estructurado y capaz de equilibrar todos, o casi todos, los conflictos actuales y futuros, derivados de la interacción social humana?

Muchos hacen del silencio su mejor respuesta. Pero para estas preguntas, creo que contribuimos más respondiendo que toda ayuda es bienvenida. Todos estas aportaciones forman parte de un amplio grupo de pensadores de buena voluntad y este sentimiento de querer ayudar, será siempre el mejor método, instrumento o mecanismo en la lucha contra la desigualdad, la intolerancia, el prejuicio y las injusticias de todo tipo.

CONCLUSIONES

Hemos intentado explicar el encantamiento, pretendiendo entender lo que, por regla general, los hombres racionales no solemos comprender.

Hemos analizado, a lo largo de los 4 capítulos, algunos paradigmas y, por tanto, proponemos que no continuemos pecando por exceso. Excesos que cometen los propios pecados que han motivado la aparición de estos paradigmas.

Necesitamos creer más en el potencial humano. Palabras sencillas escritas en un papel blanco no son capaces de asegurar a la sociedad y especialmente a los hombres lo que les faltó por la educación, por la evolución de quien se entregó al amor y sigue entregándose incluso después de muchas caídas.

Las leyes no pueden ser más que los hombres. Desde el positivismo y el encantamiento que se afrontan, pretendemos legitimar positivamente el encantamiento, por tanto, uno al servicio de otro, ambos complementándose mutuamente.

Insistimos en el relevante papel que juega el proceso de la interacción mental y cómo el conocimiento de este proceso puede utilizarse para “formar” de mejor manera a los hombres y a las sociedades.

El positivismo jurídico necesita ayuda. Existen mecanismos paralelos a las leyes, que pueden contribuir a su mejor comprensión. A través de las leyes podemos imponer el deber de no hacer el mal, pero podemos también y al mismo tiempo, a

través del encantamiento, estimular a que las personas descubran la importancia y el placer que proporcionan los abrazos sinceros. Las leyes prohíben que hagamos el mal. El encantamiento provoca en las personas el deseo de hacer el bien.

La problemática de “derechos” nace a partir de carencias y necesidades fundamentales. Las demandas de derechos cubren un amplio espectro de necesidades y privaciones, y ello, no a través de una codificación completa de una realidad existente, sino como el reverso de una definición de carencias que son definidas como inaceptables exigencias que alcanzan el derecho al agua; a la salud; al saneamiento; a la asistencia médica; el derecho de igualdad para la mujer; el derecho de los indios a sus tierras; el derecho de las minorías étnicas, el derecho de protección a los niños exterminados en las calles; y los derechos de la población a la protección y a la seguridad contra las diversas formas de violencia, un proceso de construcción colectiva de un conjunto de derechos.

No podríamos llegar al fin de este trabajo adoptando una posición paradigmática que condenara todas las formas del derecho y de las leyes. Sin embargo, tampoco podríamos llegar al fin de este trabajo sin insistir en que la función y la aplicación del derecho y sus leyes se deben revisar.

Los propios movimientos sociales organizados, por el respeto que éstos conquistaron funcionando como canales de participación política de la sociedad civil, son ejemplos vivos de éxitos alcanzados por las reivindicaciones y por el reconocimiento de los derechos que surgen de las nuevas necesidades que la población reivindica.

Elementos reguladores de la vida social, como los hábitos, las costumbres y la moral son anteriores al derecho e imprescindibles para el éxito del mismo. Sabemos que frente al desprecio, sólo las buenas costumbres no bastan y el derecho, como regulador de conflictos, resulta imprescindible.

En este trabajo de investigación, la necesidad del derecho nunca ha sido ignorada. Lo que condenamos es la forma banal de cómo las leyes y el derecho están siendo tratados. El derecho debe apoyarse siempre en los hábitos, en las costumbres y en la moral que lo sustentan y no puede funcionar como un simple paliativo para las heridas sociales que surgen constantemente por el desprecio que los ciudadanos ofrecen a estos elementos reguladores de la vida social.

El organigrama social no difiere mucho del organismo humano. Por tanto, conviene profundizar en la causa de los conflictos. Si las personas suelen considerar sólo la salud del cuerpo, olvidándose de la salud de la mente, la sociedad debe rescatar sus buenos valores, necesita despertar la importancia del altruismo para que junto con el derecho, puedan cuidar y mantener un organismo social.

Citamos como ejemplo de abandono, la propia democracia, que de una milenaria reclamación, conquistada por los atenienses de la Grecia antigua, y plasmado en el tiempo como la expresión de la voluntad popular, se ha acabado convirtiendo, en muchos casos, en el resultado de la mera ambición de políticos sin escrúpulos.

Estos ideales democráticos han sido más atacados precisamente en los países, regiones y localidades que presentan los más bajos índices de desarrollo humano, donde estos elementos reguladores de la vida social quedan más ocultos por el analfabetismo, por el hambre y sobre todo por la infelicidad provocada ante la falta de perspectiva de vida. En estos lugares el derecho suele enfrentarse sólo con los conflictos sociales, una misión casi imposible.

Hacemos una llamada de atención sobre la conveniencia de recuperar la adecuada relación entre la moral, la conducta habitual (usos sociales) y la conducta jurídica (derecho). Quién sabe si tal vez, de esa forma, consigamos comprender que las costumbres sociales y la moral pueden ayudar al derecho en el mantenimiento del equilibrio social y, por consiguiente, en la resolución de sus conflictos.

Con la relación a la conducta moral, encontramos en nosotros mismos, en nuestra conciencia, lo que determina la viabilidad o no de nuestras acciones. Nos transformamos en nuestros propios jueces. La viabilidad o no de nuestras acciones, no es determinada única y exclusivamente por nosotros mismos, tomamos también en consideración al otro, a los demás sujetos que integran la sociedad. Según las referencias sobre psicología social abordadas en el cuarto capítulo de esta Tesina, más concretamente en el apartado “Amabilidad genera amabilidad”, en este tipo de conducta, debido al proceso de interacción mental, los procedimientos de sugestión, imitación y simpatía, conexos e interdependientes, serán responsables de la formación de la identidad social.¹⁵³

La imitación es el procedimiento de la interacción mental y de la identificación social que por influencia nos hace observar y reproducir (imitar), las manifestaciones corporales cognoscitivas y emocionales de los otros.

Defendemos la relevancia de los beneficios que un desarrollo respetuoso y armónico entre las conductas moral, las costumbres y los aspectos jurídicos, pueden aportar para la conquista definitiva de un equilibrio social.

Estas tres conductas no funcionan separadamente, en la medida en que también son conexas e interdependientes, convirtiéndose una en la otra. Por analogía, la moral adquiere el lugar del procedimiento cognoscitivo de sugestión,¹⁵⁴ las costumbres adquieren el lugar del procedimiento de imitación y el derecho como el resultante del desarrollo de este proceso, contaría con el apoyo insustituible del procedimiento de simpatía, inherente a todos los procedimientos del proceso de

¹⁵³ Miguel Reale afirma que en la conducta habitual, el hombre influenciado acaba “recibiendo de todo lo social la medida de su comportamiento. Donde hablar de Moral Social, en la cual la fuerza de sus usos y hábitos es relevante”(REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999. p.399).

¹⁵⁴ Sobre el papel que la moral ha adquirido en el Postpositivismo y en el que algunos autores denomina el “nuevo paradigma” del neconstitucionalismo Vid. BELLOSO MARTÍN, Nuria, “Otra lectura de la Constitución: el neoconstitucionalismo”. En *Revista Interdisciplinar de Direito. Os caminhos da constitucionalização do Direito*. Ano 1, nº1 (mayo) Faculdade de Direito de Valença-Brasil-, 2008, pp.199-223.

interacción mental y el único capaz de facilitar la difícil tarea de las leyes creadas por el derecho, la tarea de vigilar y castigar el inadecuado comportamiento humano, que por ignorancia científica y espiritual, aún no consigue virtuosamente respetar las conductas de la moral y de las costumbres.¹⁵⁵

En la literatura jurídica es frecuente encontrar una distinción simplificada sobre lo que es la moral, las costumbres y el derecho, definiendo en la mayoría de los casos, que el derecho sirve básicamente para quienes no tiene capacidad virtuosa para cumplir los preceptos morales y habituales, de manera que los deberes se obedecen coercitivamente. Se diserta durante largos capítulos, sobre la moral, las costumbres y el derecho, sin hacer ninguna alusión a los mecanismos psíquicos ya mencionados, que explican, o, que intentan explicar más fidedignamente estas tres conductas.

En los modelos utópicos no se confía en alcanzar la sociedad ideal a través de la perfección de la naturaleza humana. Ni las propuestas clásicas de Grecia y de la Patrística, ni tampoco del Renacimiento ni las de la revolución industrial, lo han conseguido. Es más, en el pensamiento utópico es posible encontrar dos tipos de sociedad ideal y la diferencia entre ambos tipos está en el modo de entender la naturaleza humana: uno, que considera que las personas son capaces de actos verdaderamente increíbles de autocontrol, que son esencialmente buenas; otro, que tiene una profunda desconfianza en las personas. En este segundo modelo de sociedad ideal se presenta a la naturaleza humana como algo que sólo puede ser moldeado dentro de unos límites y con la ayuda del derecho. Este segundo patrón considera que el ser humano debe estar sometido a controles, pues no siempre va a respetar las normas que existen en su sociedad. N. Belloso Martín sostiene que no es posible lograr la perfección de la naturaleza humana y, por ello, insiste en la imprescindible presencia del Derecho en el sistema social. Por tanto, siendo conscientes de la imperfección de la naturaleza humana, defiende que conviene seguir intentando

¹⁵⁵ Nos adherimos a la teoría de M. Real cuando afirma la interdependencia entre la moral, las costumbres y el derecho: “el derecho está permeado de moral, y la moral impregnado de dictámenes habituales o, en otras palabras, de moral social” (REALE, Miguel. *Ibidem*).

diseñar la mejor sociedad, pero conscientes de que no se puede renunciar a un sistema jurídico que regule ese marco.

No hemos defendido en estas páginas una posición paradigmática dirigida a rechazar completamente leyes y derecho. Sostenemos que las leyes y el derecho pueden ser utilizados mejor y que no debemos atribuir únicamente al ámbito jurídico la ardua tarea de tener que resolver los conflictos surgidos de la interacción humana en la sociedad.

Cuando afirmamos que las leyes no pueden ser más que los hombres, queremos decir que debemos preocuparnos por intentar cambiarnos a nosotros mismos, por intentar minorar nuestras supuestas limitaciones. Debemos creer que todos, a través de los valores morales y de las buenas costumbres, podemos considerar el derecho como algo que nos amenaza cada vez menos, porque no precisaremos de su coerción para respetar las conductas, los valores que virtuosamente aprendemos a respetar. Así, el derecho a pesar de continuar siendo necesario, abarcaría un campo menor, porque habría menos conflictos.

Y en este contexto, nos preguntamos una vez más qué es el encantamiento. ¿De qué forma nos encantamos? ¿Mágicamente? Creo que la respuesta más técnica que nuestros viciados oídos le gustaría escuchar, sería la de que la psicología social, el proceso de interacción mental, de identificación social y los mecanismos de sugestión, imitación y simpatía inherentemente realizados por la mente humana, podrían ser aprovechados por el derecho para intentar despertar en los ciudadanos una dedicación placentera y voluntaria con respecto a los valores morales y a las buenas costumbres.

Si se contara con una ley semejante a la que presentamos en el Anexo de esta investigación, el derecho y sus legisladores estarían legalizando el proceso de encantamiento y de esa forma dando un enorme paso hacia una reestructuración positivista progresiva, prudente y sin excesos.

ANEXO

Para demostrar más objetivamente cómo funcionaría esta ley al servicio del encantamiento, vamos a presentar el esbozo de un proyecto de ley inacabado y aún susceptible de muchas alteraciones, pero que de una forma o de otra, cumple el propósito de su creación, el propósito de intentar demostrar cómo una ley podría abordar objetivamente un asunto tan lúdico y, por eso, incluso fascinante.

**PROYECTO DE LEY PARA EL HALLAZGO DE LOS ENCANTADORES,
IMPLANTACIÓN, DESARROLLO Y MANTENIMIENTO DE LAS
ACTIVIDADES AL SERVICIO DEL ENCANTAMIENTO SOCIAL**

Versión de 05 de agosto de
2009

TÍTULO

ÚNICO.....33

Del hallazgo de los encantadores, implantación, desarrollo y mantenimiento

de las actividades al servicio del encantamiento.....33

CAPÍTULO I.....33

De las disposiciones preliminares y de los objetivos.....33

CAPÍTULO II.....33

De la formación y mantenimiento de los equipos.....33

Sección I.....33

De los requisitos esenciales.....33

Sección II.....33

De la composición y distribución de los equipos.....33

CAPÍTULO III.....33

Del plan presupuestario.....33

CAPÍTULO IV.....33

De la búsqueda, identificación, desarrollo y mantenimiento de los
encantadores y potenciales encantadores.....33

CAPÍTULO V.....33

De los homenajes.....33

CAPÍTULO VI.....33

De las disposiciones generales y finales.....33

PROYECTO DE LEY PARA EL HALLAZGO DE LOS ENCANTADORES,
IMPLANTACIÓN, DESARROLLO Y MANTENIMIENTO DE LAS
ACTIVIDADES AL SERVICIO DEL ENCANTAMIENTO SOCIAL

2009

Versión de 05 de agosto de

Proyecto de Ley n°, de..... de.....

Dispone sobre la necesidad de integrar la actuación del derecho, juntos con los conocimientos de la psicología social, localizando en todo país, a través de equipos preestablecidos, a los ciudadanos que se dediquen al encantamiento, implantando y desarrollando estructuras capaces de suplantar las actividades sociales desarrolladas por los encantadores. Este proyecto de ley pretende también prestar un justo homenaje a la Dr^a. Profesora Sônia Maria Ribeiro Simon Cavalcanti, como alguien que dedicó su vida al encantamiento educacional.

EI PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA Hago constar que el Congreso Nacional decreta y yo sanciono la siguiente Ley:

TÍTULO ÚNICO

Del hallazgo de los encantadores, implantación, desarrollo y mantenimiento de actividades al servicio del encantamiento

CAPÍTULO I

De las disposiciones preliminares y de los objetivos

Art. 1° Esta ley entiende el encantamiento como el más alto nivel afectivo alcanzado por la inherente interacción mental entre individuos. De esta forma, tomando como base en los estudios de la psicología forense, que condiciona la formación de la identidad social, a tres factores íntimamente vinculados e interdependientes, tales como: la imitación, la sugestión y la simpatía, esta ley también define la actividad de encantamiento, como aquella que trata de desarrollar la forma más valiosa de simpatía, la simpatía reflexiva, capaz de despertar en las personas la capacidad de realizar y satisfacerse a través de sentimientos sociales altruistas.

Art 2° Esta ley tiene como objetivo:

I – Unir la actuación del derecho a los conocimientos de la psicología social, teniendo en cuenta las inherencias resultantes de la interacción social entre ciudadanos, valorando las buenas acciones humanas, homenajando a los ciudadanos que sin la

expectativa de ninguna contrapartida, sean conocidos por liderar acciones solidarias (encantadores).

II – Pretende también, a través de equipos preestablecidos, identificar a los potenciales encantadores, contribuir a su formación y, así como en los casos de los encantadores ya conocidos y homenajeados, implantar y mantener estructuras capaces de sostener las actividades de encantamiento social.

III – Dar inicio a una nueva forma de actuación legal, valorando las buenas acciones, aproximando y haciendo surgir una relación carismática entre los ciudadanos y este tipo de ley que valora y dignifica en lugar de sólo exigir y castigar. Movilizando socialmente a los ciudadanos a través de homenajes públicos para aquéllos que fueron reconocidos por practicar el bien. Una ley que sabiamente utilizará los conocimientos adquiridos sobre la interacción social humana, a través de la psicología social, para hacer de los ciudadanos, aliados y no más siervos.

CAPÍTULO II

De la formación y mantenimiento de los equipos

Art. 3º Esta ley al servicio del encantamiento, se orienta a instituir en todas las regiones del territorio nacional, estratégicamente en los lugares más pobres y violentos del país, con índices elevados de analfabetismo, de natalidad y mortalidad infantil, equipos compuestos por antropólogos, sociólogos, relaciones públicas, psicólogos, contables y abogados, después de que hayan superado un concurso público temporal, válido por cuatro años y prorrogable o no por otros cuatro años y cualificados para que identifiquen a los potenciales Encantadores, que constituyan y desarrollen planes de encantamiento.

Art. 4º Todos los profesionales citados como integrantes de los equipos, deberán tener probada experiencia en la práctica de actividades de voluntariado, campañas asistenciales, organizaciones no gubernamentales, en fin, cualquier experiencia que demuestre preocupaciones e iniciativas de carácter asistencial. Además, todos estos profesionales también deberán acreditar la participación en investigaciones y, al menos, la publicación de un trabajo científico directamente relacionado con el asunto.

SECCIÓN I

De los requisitos esenciales

Art. 5º Los antropólogos, sociólogos, relaciones públicas, psicólogos, contables y abogados que pretender habilitarse para las inscripciones del concurso público temporal, deberán:

I – En el caso de antropólogos y sociólogos, deberán acreditar experiencia como el estudio del comportamiento social en comunidades carentes, sus relaciones políticas, económicas y religiosas y las determinantes características culturales de estas comunidades;

II – En el caso de relaciones públicas, deberán tener una probada experiencia en el área de las relaciones públicas Comunitarias, porque estos profesionales serán directamente responsables de la planificación de los homenajes públicos que se prestarán a los encantadores y de la planificación de la instalación de las estructuras de apoyo;

III – En el caso de psicólogos, deberán tener probada experiencia en el área de Psicología Social, especialmente en lo que se refiere a las relaciones interpersonales, interacción mental y formación de la identidad social;

IV – En el caso de contables, deberán tener conciencia de lo que serán responsables de todo control financiero de las actividades desempeñadas por el equipo, debiendo calcular, recoger y declarar todos los tributos originados con las diferentes actividades financieras, como por ejemplo en las ayudas de costes que el encantador recibirá todos los meses, en el coste necesario para la realización de los homenajes publicas, implantación y mantenimiento de las estructuras de apoyo a las actividades de encantamiento. Para eso, los contables deberán acreditar experiencia sobre el conocimiento de todas las subvenciones y exenciones tributarias que benefician a actividades de cooperación, filantrópicas, sin fines lucrativos;

V – En el caso de abogados, deberán tener conciencia del que actuaron como procuradores al servicio de los equipos y especialmente de los encantadores y de las personas beneficiadas por el proyecto. Para ello, deberán acreditar experiencia en el campo de los derechos humanos, de los derechos y garantías fundamentales y también en el campo de las subvenciones y exenciones tributarias que benefician a las actividades de cooperación, filantrópicas, sin fines lucrativos.

SECCIÓN II

De la composición y distribución de los equipos

Art. 6º Los equipos estarán compuestos y distribuidos de la siguiente manera:

I – Todo equipo estará compuesto por 6 (seis) profesionales, siendo 1 (un) Antropólogo, 1 (un) Sociólogo, 1 (un) Relaciones Publicas, 1 (un) Psicólogo, 1 (un) Contable y 1 (un) Abogado;

II – Todo equipo tendrá a su disposición, un número máximo de 3 (tres) profesionales de apoyo, siendo ellos, 1 (un) Operador, 1 (un) conserje, 1 (un) “office boy”;

III – Cada equipo tendrá a su disposición 1 (un) vehículo popular, prestado por el Gobierno Federal y para uso exclusivo de las actividades estrictamente relacionadas con el servicio público;

IV – Todos los equipos serán ubicados de pleno derecho en sedes regionales, distribuidos estratégicamente por todo territorio nacional;

V – Todas las sedes serán estructuradas con muebles electrónicos y no electrónicos, también dados a través de préstamo, por el Gobierno Federal.

CAPÍTULO III

Del plan presupuestario

Art. 7º Cada integrante del equipo recibirá mensualmente e indistintamente, un salario equivalente a R\$ x.xxx,xx (xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx reales), más adicionales.

Art. 8º Cada profesional de apoyo recibirá mensualmente e indistintamente, un salario equivalente a R\$ xxx,xx (xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx reales), más adicionales.

Art. 9º Todos los importes necesarios para la realización de los homenajes públicos, desarrollo y mantenimiento de los potenciales encantadores, elaboración, instauración y mantenimiento de los espacios destinados al servicio del encantamiento social, deberán estar rigurosamente previstos, con antelación en un plan presupuestario que será sometido a aprobación.

Art. 10º Los incentivos ofrecidos mensualmente a los encantadores no serán inferiores a R\$ xxx,xx (xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx reales) y, ni superiores a R\$ x.xxx,xx (xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx reales).

Párrafo único. Todo y cualquier servicio necesarios al desarrollo de las actividades de encantamiento, ofrecido por empresas particulares, deberán ser sometidos a licitación, en la modalidad de concurrencia, quedando terminantemente prohibida la utilización de otra modalidad licitatoria.

CAPÍTULO IV

De la búsqueda, identificación, desarrollo y mantenimiento de encantadores y potenciales encantadores

Art. 11° Los equipos previstos en el (art. 8°, I), concentrarán sus esfuerzos en la búsqueda e identificación de encantadores y potenciales encantadores.

§ 1° Todos los integrantes del equipo deberán tener pleno conocimiento de que al desarrollar sus trabajos, actuarán con la mayor discreción posible, sin olvidar que la búsqueda y el desarrollo de encantadores y que la estructuración de los centros para el encantamiento se producirán de forma sigilosa, para evitar cualquier influencia social que tienda a hacer parcial las acciones del equipo y que por consiguiente, tienda a corromper el propósito real de esta ley, ya que, de lo contrario esta ley estará destinada a convertirse más en una de las muchas leyes asistenciales.

§ 2° Todos los integrantes del equipo, pero en especial el (a) antropólogo, el (a) sociólogo y concretamente el (a) psicólogo, tendrán la inmensa responsabilidad de identificar los encantadores y potenciales encantadores.

§ 3° El (a) psicólogo utilizará sus conocimientos en Psicología Social, para verificar si una determinada persona, tiene o no las características que la diferencie de las demás personas, calificándolas como encantadoras o como unas personas potencialmente encantadoras.

§ 4º Los potenciales encantadores, después de haber sido identificados y siempre que sea realmente necesario, contarán con todo el apoyo para su pleno desarrollo, desde el coste de alimentos, salud y ropa, hasta el coste del desarrollo intelectual así como todos las etapas educativas, incluso hasta el nivel universitario. Además de este incentivo, estos potenciales encantadores también podrán escoger cursos específicos en las áreas que más les interesen y que el equipo considera como esenciales para su desarrollo.

§ 5º Tanto los encantadores, como los potenciales encantadores totalmente formados, contarán con estructuras idealizadas y montadas según el tipo de encantamiento necesario para cada uno de ellos, necesario para poder desarrollar sus actividades de encantamiento de forma plena, sin ningún tipo de limitación.

CAPÍTULO V

De los homenajes

Art. 12º Los homenajes públicos a los encantadores, serán una de las últimas etapas de todo el trabajo de los equipos, ya que sólo se desarrollarán después la identificación de los encantadores y potenciales encantadores, después de la formación de los potenciales encantadores y después de montar las estructuras para el encantamiento. Todo eso, porque el conocimiento público sólo deberá producirse después de que hayan finalizado las etapas anteriormente mencionadas del proceso.

Art. 13º Los homenajes, después de ser divulgados, deberán desarrollarse en lugares públicos, con el fin de congrega a un gran número de ciudadanos, de manera que se difundan con la mayor intensidad posible.

Art. 14º Los homenajes no deberán ser confundidos con mítines o “showmícios” políticos, donde los políticos intentan conseguir para sí, el mayor provecho posible de

la situación. Estos homenajes deberán ser preparados especialmente por el profesional de relaciones públicas, de manera que haga posible que el encantador sea realmente el centro de la atención.

CAPÍTULO VI

De las disposiciones generales y finales

Art. 15° Todo el soporte financiero para el desarrollo de los encantadores, para el pago de los incentivos ofrecidos mensualmente a éstos y para el mantenimiento de los centros de encantamiento social, será mantenido hasta cuando los equipos lo consideren necesario.

Art. 16° Esta ley no deberá en hipótesis alguna ser objeto de transacciones fraudulentas, ni tampoco, servir como un mecanismo para obtener cualquier ventaja indebida. En este sentido, tanto los encantadores, como los profesionales que integrarán los supra mencionadas equipos y todos los profesionales de apoyo ligados a éstas, desde el inicio del ejercicio de sus actividades, bien sea a través de acuerdos formales firmados, o por concurso público, o mediante un simple contrato de trabajo, estarán de forma automática y tácita, asumiendo todas las responsabilidades por el desempeño de sus funciones, incluso las responsabilidad penal que en su caso procediera

Art. 17° Esta Ley entrará en vigor en la fecha de su publicación.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. *The Blackwell Encyclopaedia of Political Thought*. Versión española de M^a.T. Casado Rodríguez. Revisión técnica de M. Requena Díez de Revenga. *Enciclopedia del pensamiento político*. Dirigida por D. Miller. Madrid, Alianza Editorial, 1989.

AA.VV. *Utopías del Renacimiento*. Estudio preliminar de E. Imaz. México, Madrid, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 10^a reimpresión, 1990.

BELLOSO MARTÍN, Nuria, “Del Estado utópico al Estado justo”. En: *Burgense*. Facultad de Teología, Burgos, n°39,1998, pp.209-242.

BELLOSO MARTÍN, Nuria. “La justificación moral de la desobediencia al Derecho”. En *Estudos Jurídicos*. São Leopoldo, Brasil, Unisinos, vol.32,nº. 85, 1999, pp.5-44.

BELLOSO MARTÍN, Nuria. “Igualdades injustas o desigualdades justas: breves apuntes sobre el post-liberalismo”. En: *JurisPoiesis*. Revista do Curso do Mestrado em Direito da Universidade Estácio de São. Rio de Janeiro, 2, 2000, pp.3-38.

BELLOSO MARTÍN, Nuria. “Teorías normativistas y nuevas perspectivas para el positivismo”. En M.A. Rodilla González y J.A. Ramos Pascua Coordinadores., *El positivismo jurídico a examen*. Estudios en Homenaje a J. Delgado Pinto. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Salamanca, 2006, pp.781-802.

BELLOSO MARTÍN, Nuria, y Marli MARLENE MORAES DA COSTA, *Diálogos jurídicos Brasil-Espanha: da exclusão social aos direitos sociais. Algumas estratégias de políticas públicas*, Porto Alegre, Livreria imprensa Livre, 2008.

BELLOSO MARTÍN, Nuria, “Otra lectura de la Constitución: el neoconstitucionalismo”. En *Revista Interdisciplinar de Direito. Os caminhos da constitucionalização do Direito*. Ano 1, nº1 (mayo) Faculdade de Direito de Valença-Brasil-, 2008, pp.199-223.

BELLOSO MARTÍN, Nuria, “A formulação da cidadania mediante os Direitos humanos e a educação. A fábula da construção de uma sociedade plena”. En Clovis Gorzevski coord., *Direitos Humanos Educação e Sociedade*. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre –Brasil-, 2009, pp. 43-70.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 2006.

CARROLL, Lewis. *Alice no País das Maravilhas*, Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

EDUARDO FARIA, José, (Org.), *Direitos Humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo, Malheiros, 1994.

FARACO DE AZEVEDO, Plauto. *Aplicação do direito e contexto social*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 29ª ed. Petropolis: Ed. Vozes, 2004.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*, 17ª. ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1987.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos, introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 - Lei dos juizados especiais criminais*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 683 p.

GURVICH, Georges (Org.), “*Problemas de Sociología do Direito*”. En *Tratado de sociología*. Lisboa, Martins Fontes, 1977.

HART, Herbert. *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Martin Claret, 2003. 519 p. (A Obra Prima de Cada Autor ; (v.1))

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª ed. – São Paulo : Martins Fontes, 1998.

LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância; Segundo tratado sobre o governo ; Ensaio acerca do entendimento humano* . São Paulo: Abril Cultural, 1973. 354 p.

MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. 8ª ed. - Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.128p.

MORO, Thomas, *Utopía*. Traducción al castellano y notas de E. García Estébanez. Estudio preliminar de A. Poch. 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1992.

NOZICK, Robert. *Anarquía, estado y utopia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda, 1991

ORWELL, George; FERREIRA, Heitor. *A revolução dos bichos*. 17. ed. Porto Alegre: Globo, 1983. 135p.

POPOLO, Juan H. del. *Psicologia judicial*. Mendoza: Ediciones Juridicas Cuyo, 1996. 475p.

RAMIRO AVILÉS, Miguel Angel, *Utopía y Derecho. El sistema jurídico en las sociedades ideales*. Madrid, Marcial Pons-Universidad Carlos III de Madrid, 2002.

RAMOS, Arthur. *Introdução a psicologia social*. 4. ed. São Paulo, SP: Casa do psicólogo, 2003.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça* / John Rawls; tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel. *"Filosofia do direito"*. 19 ed. São Paulo – SP: Saraiva, 1999.

REINALDO LIMA LOPES, José, *"Pela democratização do Judiciário"*. En *Direito e Justiça. A função social do Judiciário*. São Paulo, Ática, 1989.

RESTA, Eligio, *O Direito fraterno*. Trad. de sandra Regina Martini Vial. Sant Cruz do Sul, EDUNISC, 2005.

RODRIGUES, Aroldo. *Psicologia Social*. 16ª. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1996. 485 p. ISBN 8532605559

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: Princípios do direito político* . 3ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SABINE, G.H., *A History of Political Theory*. Trad. al castellano de V. Herrero. *Historia de la Teoría Política*. 1ª reimpresión. Revisada por T.Landon Thorson. Fondo de Cultura Económica de España, 1994.

SOUSA CHAUI, Marilena de. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2000. 440 p.

SOUZA SANTOS, Boaventura de. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 6 ed. São Paulo: Cortez, 2007. 4v .

SPAEMANN, R., *Crítica de las utopías políticas*. Pamplona, Edic. Universidad de Navarra, S.A., 1980.

VALLESPÍN, Fernando, *"sociedad civil y 'crisis de la política'"*, en *Isegoría* 13, 1996, pp.39-58.

VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

WOLKMER, Antonio Carlos, “Bases éticas para una juridicidad alternativa en la perspectiva latinoamericana”, en TORRE RANGEL, J.A.. (Coord.) *Derecho alternativo y crítica jurídica*, México, Porrúa, 2002.

WOLKMER, Antonio Carlos, *Ideologia, Estado e Direito*, 4ªed. ampliada, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos, *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*. Trad. de D. Sánchez Rubio. Sevilla, MAD, 2006.

WOLKMER, Antonio Carlos, *Introdução al Pensamento jurídico crítico*, 6ªed., São Paulo, Saraiva, 2008.

PÁGINAS WEB:

BOGO, Ademar. *As ocupações de terra em legitima defesa*. Disponível em: <http://www.mst.org.br/node/6788> (Acceso el 29 set. 2009).

DORNELES, Manoel. *Heróis de nosso tempo*. Disponível em: http://www.kalunga.com.br/revista/revista_junho_11.asp (Acceso el 29 set. 2009).

MST – Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra. *Nossa proposta de reforma agrária popular*. Disponível em: www.mst.org.br/node/7708 (Acceso el 29 set. 2009).

MTST – Movimento do Trabalhadores Sem Teto. *Quem somos*. Disponível en: http://www.mtst.info/?q=quem_somos (Acceso el 29 set. 2009).

STOPTHEDRUGWAR.ORG. *Penas: População carcerária e penitenciária dos EUA sofre nova alta histórica outra vez no ano passado*. Disponível em: http://stopthedrugwar.org/pt/cronica/539/prisioneiros_EUA_alta_historica_2.3_milhoes (Acceso el 29 set. 2009).